Die Zulässigkeit der Widerklage nach geltendem Zivilprozeßrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

J. F. Th. Haßkerl

aus **Hamburg.**

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1914.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	9
§ 2.	Begriff der Widerklage	21
§ 3.	Fortsetzung	28
§ 4.	Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage mit Bezug auf den Vorprozeß	37
§ 5.	Geeignete Prozeßart des Vorprozesses	45
§ 6.	Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage, die sich auf den Widerklageprozeß beziehen	50
§ 7.	Art des im § 33 erforderten Zusammenhangs	66
§ 8.	Möglichkeit der Heilung des Mangels der erforderlichen Konnexität zwischen Klage- und Widerklageanspruch	80
§ 9.	Die Parteien des Widerklageprozesses	84
§ 10.	Zulässigkeit der Präjudizialinzidentklage des § 280 Z. P. O.	98
§ 11.	Schlußbemerkung	107

Literaturverzeichnis.

von Bayer, Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Zivilprozeß, 10. Auflage, 1869.

Deinhardt, Die Voraussetzungen der Widerklage nach deutschem Zivilprozeßrecht, Erlangen 1906.

Eccius in Gruchot's Beiträgen, Bd. 39, S. 473.

Endemann, W., Der deutsche Zivilprozeß, 3 Bde., 1878/79.

Engelmann, Der Zivilprozeß, Geschichte und System, 3 Bde., 1889—1901.

Fitting, Der Reichszivilprozeß, 11. Aufl. 1903.

Fitting in Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 63.

Fischer in Iherings Jahrb. für Dogmatik, Bd. 38.

Förster-Kann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 3. Aufl. Bd. 1, 1913.

Fuchs, Das Recht der Widerklage in Archiv für Zivilpraxis Bd. 53, S. 149, 1870.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 10. Auflage 1912, 11. Auflage 1913.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 1 und 2.

Heinsheimer, Klage und Widerklage in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 38, S. 1 ff.

Hellmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Erlangen 1878.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, München 1885.

Hellwig, K., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1 (1903), Bd. 2 (1906), Bd. 3 (2 Lieferungen 1908).

Hellwig, K., System des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1, Leipzig 1912, Bd. 2 (eine Lieferung 1913).

Hinschius in Holtzendorff's Rechtslexikon Bd. 3 unter Widerklage.

Kleiner, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Würzburg 1878.

Kleinfeller, Gerichtsstand der Widerklage, München 1882. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 2. Aufl. 1910.

Kohler, Gesammelte Beiträge.

Kohler in Juristischem Literaturblatt Bd. 10, S. 136.

Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888.

Kroll, Klage und Einrede, Berlin 1884.

Lippmann in Archiv für zivilistische Praxis Bd. 65, S. 414 ff., Bd. 71, S. 331 ff.

Loening, Die Widerklage im Reichszivilprozeß in Bd. 4 der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, S. 1 ff. (1882).

Neukamp, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Auflage 1911.

Oertmann, Die Inzidentfeststellungsklage in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 22, S. 24 ff.

Osterloh in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 3.

Planck, Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, Göttingen 1844.

Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 2 Bde., 1887—1895.

Petersen, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 5. Auflage, 1904, bearbeitet von Remélé und Anger.

Reincke, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 6. Auflage 1910, von Wienstein.

Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage 1873.

Sartorius, Die Lehre von der Widerklage, Erlangen 1838.

Sarwey, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Berlin 1879 f.

v. Savigny, System VI, S. 330 ff., Berlin 1847.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage 1906.

Schollmeyer, Der Zwischenstreit unter den Parteien, Abteilung I, 1880.

v. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 11. Aufl. 1910.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Skonietzki-Gelpcke, Kommentar zur Zivilprozeßordnung Bd. 1, 1912.

Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 9. Auflage 1910, bearbeitet von Rasch, Koll und Flechtheim.

Troll, Das Versäumnisurteil, 1887.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd., 1885.

Wach in Archiv für zivilistische Praxis Bd. 62, S. 398 ff.

Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, 2. Aufl. 1896.

Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Stuttgart 1903 f.

Weismann, Feststellungsklage 1879.

Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Auflage 1878.

Wilmowski-Levy, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 7. Auflage 1895.

Willenbücher, Das Zivilprozeßverfahren, 3. Auflage 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553615_0035

§ 1.

Einleitung.

Das Institut der Widerklage ist keine Schöpfung des modernen Prozeßrechtes. Die Widerklage war bereits dem römischen und deutschen Prozeßrechte bekannt. Mit Widerklage bezeichnete man von jeher die Klage, welche der Beklagte während eines schwebenden Rechtsstreits bei dem Gerichte der Klage gegen den Kläger erhob. Im römischen Formularprozesse war die Erhebung einer Widerklage nur dann zulässig, wenn die mit ihr geltend gemachte Gegenforderung aus demselben Rechtsgeschäfte — ex eadem causa — wie die Klagforderung hervorging. Savigny, Syst. VI, S. 331/334. Außerdem aber mußte der Beklagte seine Gegenforderung bereits in jure geltend gemacht haben, da sonst der Prätor nicht in der Lage war, die beiden Streitsachen in einer formula zusammenzufassen und so die Parteien in den Stand zu setzen, über die beiderseitigen Forderungen vor dem iudex eine Sentenz zu erlangen. War die Gegenforderung des Beklagten mit der Klagforderung nicht konnex oder hatte der Beklagte die an sich konnexe Gegenforderung nicht bereits in jure geltend gemacht, so mußte über die beiderseitigen Ansprüche gesondert verhandelt werden.

Der Prätor bestellte jedoch in solchen Fällen, in denen die Gefahr nahe lag, daß über denselben Streitpunkt abweichende Entscheidungen ergehen konnten, für den Prozeß des Beklagten denselben iudex wie im Vorprozesse.

fr. 38 pr. mand. 17,1; fr. 1 § 4 quae sent. sine app. 49,8; fr. 22 de ind. 5,1 C. 1 rer. amot. 5,51.

Vergl. Sartorius, Lehre von der Widerklage; Savigny, System VI, S. 331/341; Planck, Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten, S. 67 ff., 371; Fuchs, Das Recht der Widerklage in Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 53, S. 149 ff.; Kleinfeller, Der Gerichtsstand der Widerklage, S. 1 ff.

Mit dem Untergang des Formularprozesses fiel auch das Erfordernis der materiellen Konnexität zwischen Vor- und Widerklage. Zwecks Vermeidung einer Prozeßverwirrung war aber auch jetzt noch erforderlich, daß der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch zur Verteidigung gegen den Vorklageanspruch geeignet und zu diesem Zwecke auch vorgebracht war. Ferner hatte der Beklagte seine Gegenklage gleich zu Beginn des Prozesses, spätestens bis zur Litiskontestation, anzubringen, widrigenfalls der Richter die gleichzeitige Verhandlung von Vor- und Gegenklage nicht mehr zuließ.

Vergl. Fuchs, a. a. O., S. 154.

Ein Gerichtsstand der Widerklage, wie ihn das heutige Recht kennt, war dem römischen Recht ursprünglich unbekannt. Der Richter im Vorprozeß war nur dann zur Aburteilung der Widerklage befugt, wenn er hierfür zuständig war.

Kleinfeller, a. a. O., S. 10 ff.; Fuchs, a. a. O., S. 154.

Ein Gerichtsstand der Widerklage wurde erst durch Justinian in L. 14 C de sent. et int. 7,45 geschaffen. Die Stelle lautet: „Cum Papinianus, summi ingenii vir, in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum iudicem de absolutione rei iudicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare huiusmodi sententiam non solum roborandum, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscatur. Cuius enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio, non dedignetur."

Während richtiger Ansicht nach dieser Gerichtsstand der Widerklage nur auf konnexe Gegenforderungen beschränkt war, wurde er in Novelle 96, c. 2 § 1 auf nicht konnexe Gegenansprüche ausgedehnt.

„Sancimus igitur, si quis eum, a quo convenitur, sibi obnoxium habere putet, ut eum non coram alio iudice, sed coram eodem statim ab initio conveniat, atque idem in utraque causa iudex sit. Si vero forte iudex ille, apud quem litem instituit, ei displicuerit, hoc quoque ei emendare liceat. Nam quum viginti dierum spatium post libellum missum dederimus, post quod litem contestari oporteat, licebit intra dictas inducias illum quidem recusare, alium vero accipere, apud quem rursus utramque litem similiter disceptare convenit, ut eiusmodi artes inutiles reddantur et unusquisque suo iure utatur. Quodsi tacuerit et deinde

litem apud alium iudicem movere voluerit, necesse habeat finem exspectare litis sibi ab eo motae, qui eum ad iudicium traxit, et ubi lis finem accepit, tum is causam suam apud alium iudicem proponat, ut hac ratione artes et mutuas iniurias tollamus."

Danach ist der Beklagte unter der ganz allgemeinen Bedingung, daß er von dem Kläger Rechenschaft fordern zu können glaubt, also ohne Rücksicht auf Konnexität beider Klagen zur Erhebung der Widerklage befugt, allerdings nicht zeitlich unbeschränkt, sondern nur vor der Litiskontestation. Nach derselben ist der Gerichtsstand der Widerklage nicht mehr gegeben. Der Beklagte muß vielmehr mit der Geltendmachung seines zu spät erhobenen Gegenanspruches bis zur Beendigung des Hauptprozesses warten und kann sie dann nur vor dem für sie zuständigen Richter erheben. Die rechtzeitige Erhebung der Widerklage hat gleichzeitige Verhandlung und Aburteilung von Vor- und Widerklage zur Folge.

Lediglich in der gemeinschaftlichen Verhandlung beider Prozesse erschöpfte sich der Zweck des Gerichtsstandes der Widerklage.

Das kanonische Recht hat sich im wesentlichen dem römischen Rechte angeschlossen. Vergl. Dekretalen 2,4 „de mutius petitionibus". Es wurde hier nur die Beschränkung, daß der Beklagte mit der Erhebung der nicht rechtzeitig angebrachten Widerklage bis zur Beendigung des Vorprozesses warten mußte, für gewisse Arten von Prozessen modifiziert.

c. 2,3 in VI rescriptis I, 3. Planck, a. a. O., S. 358/60.

Eine Fortbildung hat das Institut der Widerklage erst durch die italienischen Juristen Pillius (de ord. iud. P 2 § 5), Tancred (Tancredus ordo iudiciarius P 2 tit. 19), Gratia Aretinus (Gratia de iud. ord. II, 1 § 2), Durantis (Durantis spec. iud. II 1 tit. de reconventione), Cinus (rubr. ad Auth. n. 8), Martolus (Komm. zu c 14 de sent. und zur Novelle 96 c 2), Baldus (ad auth. „Et consequenter" und additiones zu Durantis spec. iud. § 5) und endlich Maranta (Spec. aur. P 4 dist. 6) erfahren, indem durch sie das Institut der Widerklage systematisch ausgebaut wurde, die Voraussetzungen des Gerichtsstandes und das Verfahren näher bestimmt wurden, wie der Vorprozeß und Widerklageprozeß gleichzeitig verhandelt und entschieden werden sollten.

Man sah den Gerichtsstand der Widerklage nicht mehr wie im römischen und kanonischen Rechte als Mittel zur Verbindung von Klage und Widerklage an, sondern man behielt ihn bei um seiner selbst willen. Dazu führte die Zulassung der Widerklage auch nach der Litiskontestation ganz von selbst; denn die zunehmende Schriftlichkeit und die Zerlegung des Prozesses in feste Abschnitte mit festem stofflichen Gehalt ließ keinen Raum mehr für eine Verbindung von Klage und einer nach der Litiskontestation erhobenen Widerklage.

Auf die deutsche Doktrin und Praxis hat Maranta, der unter den späteren italienischen Juristen die Lehre von der Widerklage am ausführlichsten behandelt hat, den bedeutsamsten Einfluß ausgeübt.

Nach ihm werden Haupt- und Widerklage im simultaneus processus dann mit einander verhandelt, wenn die Widerklage vor oder in Verbindung mit der Litiskontestation erhoben wird. In diesem Falle hat auf die Prozeßhandlung des Klägers unmittelbar die gleiche des Widerklägers zu folgen. Wird die Widerklage in einem späteren Stadium des Prozesses erhoben, so findet abgesonderte Verhandlung über sie vor demselben Richter statt. Der Kläger muß sich auf den Widerklageprozeß einlassen. Weigert er sich, so ruht die Verhandlung über die Vorklage. Sind Klage und Widerklage zur Entscheidung reif, so hat der Richter über sie gleichzeitig in einem Erkenntnisse zu entscheiden.

Die Regel, daß die Widerklage vor jedem Richter erhoben werden könne, wird nach Maranta von mehreren Ausnahmen durchbrochen, so z. B. bezüglich des Schiedsrichters, des Appellationsrichters, des durch beiderseitige Zustimmung provozierten Richters u. a. Auch können nicht alle Ansprüche zum Gegenstande der Widerklage gemacht werden. Ausgeschlossen ist die Widerklage in summarischen Sachen, Exekutivsachen, Besitzstreitigkeiten, in Klerikerprozessen und in Kriminalsachen.

Vergl. Fuchs, a. a. O., S. 165.

Auf ganz anderen Prinzipien als im altrömischen Rechte war das Institut der Widerklage im deutschen Rechte aufgebaut. Hier war der Beklagte ursprünglich nicht auf die Geltendmachung konnexer Ansprüche beschränkt, vielmehr ergab sich aus der Dingpflicht derer, die im Gerichtsbezirke Wohnsitz und unbewegliche

Güter hatten, daß der Kläger auf jede im Ding gegen ihn erhobene Klage des Beklagten Rede und Antwort stehen mußte. Vergl. Sachsenspiegel I, 60 § 3: Swor der man vorderet recht, da sal he rechtis phlegen und helfen.

eodem III, 79 § 3: Swo der man claget, da muz her antwurten, ob man uf in claget.

Schwabenspiegel: Art. 89: Wir sprechen, wo der man Recht vordert, da sal er auch Recht nemen.

Sächsisches Weichbild, Art. 28: Klagt aber ein man binnen Weichbild auff ein erb odder umb eigen odder umb ander gutt odder umb schuld odder umb ungericht (er sei deutsch odder wendisch) er mus dawider antworten; denn wo der mann recht fordert, da mus er wider rechtes phlegen (umb jegliche Sach) on zu kampff gegen seinem ungenossen.

Sohm, Altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung I, S. 175—177, 297—327.

Planck, Deutsches Gerichtsverfahren im Mittelalter I, S. 59 ff., insbesondere S. 73.

Eine gleichzeitige Verhandlung der Vor- und Widerklage fand nicht statt.

Vergl. Sachsenspiegel III 12 § 1: Svelk man uppen anderen klaget, unde iene weder up yne, die erst klaget, die ne hevet dem andern nicht to antwerdene, he ne si aller erst von yme ledich.

Die Zulässigkeit der Widerklage beruhte im deutschen Rechte lediglich auf einer Erweiterung der Gerichtsbarkeit.

Planck, Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten, S. 352.

Von dem Erfordernis der Konnexität der beiderseitigen Ansprüche war keine Rede. Das spätere sächsische Prozeßrecht ging allerdings auch dazu über,

nur einen mit dem Klageanspruch konnexen Gegenanspruch zur Widerklage zuzulassen.

Vergl. die Const. Augusti von 1572 I c. 7. Sächs. Proz. Ord. vom 28. VII. 1622, Tit. VI § 1, § 3.

Ausnahmen von der Regel, daß der Kläger bei dem Gerichtsstand der Klage sich auch der Widerklage unterwerfen mußte, wurden partikularrechtlich zugunsten der Geistlichen, Adeligen und Juden sanktioniert.

Vergl. Glosse zum Sachsenspiegel, Landr. I 60 § 3, II 12 § 3, III 19 i. f.

Stobbe in Muthers und Bekkers Jahrb. I, S. 447.

Von der Rezeption des romanischen Prozeßrechts wurde auch das Institut der Widerklage betroffen. An die Stelle der deutsch-rechtlichen Widerklage trat in den meisten deutschen Ländern die Widerklage des italienischen Rechts. Dazu verhalf der Gerichtsgebrauch und die Partikulargesetzgebung im 16. und 17. Jahrhundert. Vergl. z. B. die Rostocker Gerichtsordnung von 1558 I 17 § 1. Aber auch die Reichsgesetzgebung trug hierzu ihren Teil bei. In dieser Beziehung mag auf die Kammergerichtsordnungen von 1507 I § 18 und 1555 III, 30 verwiesen werden. Die Praxis des Reichskammergerichts verließ insofern wieder den Boden der römisch-kanonischen Rechtsentwicklung, als sie auf den Rechtszustand vor der Novelle 96 zurückging und die Zulässigkeit der Widerklage von dem Erfordernisse der Konnexität des Gegenanspruches mit dem Klaganspruche abhängig machte.

Danz, Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses § 232 n. 2.
Cramer, Systema processus imp. § 354.

Während ein Teil der Partikulargesetze z. B. die allgemeine bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover von 1850 § 14 Abs. 1, das Oldenburgische Gesetz vom 2. November 1857 betr. den bürgerlichen Prozeß Art. 22 § 1, Gesetz für das Fürstentum Lippe betr. das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bei den Ober- und Untergerichten des Landes vom 12. April 1859 § 4, die Zivilprozeßordnung f. d. Freie und Hansestadt Lübeck vom 28. April 1862 § 62 u. a. mehr an der römisch-kanonischen Rechtsentwickelung festhielten, wurde das Erfordernis der Konnexität ausdrücklich in der Württembergischen Prozeßordnung vom 3. April 1868 Art. 49, Bayerischen Prozeßordnung vom 29. April 1869 Art. 31, im § 30 des Entwurfs einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat vom Jahre 1864 und im § 86 Abs. 1 des Entwurfs einer bürgerlichen Prozeßordnung f. d. Königreich Sachsen vom Jahre 1865 aufgestellt und in die Entwürfe der Zivilprozeßordnung übernommen. Da wir bei späterer Gelegenheit noch auf diese Entwürfe zurückkommen werden, so können die in Frage kommenden Bestimmungen gleich hier ihren Platz finden, zumal sie einen trefflichen Einblick in die Entstehungsgeschichte des § 33 Z. P. O. gewähren.

1. Entwurf einer allgemeinen deutschen Z. P. O. nach der Vorlage des Referenten (Anlagen I). § 25:

Das Gericht der Klage ist für die Widerklage zuständig.

Die Widerklage ist, selbst wenn der Kläger dem Gerichtsstand der Klage in bezug auf den Gegenanspruch

unterworfen ist, nur dann zulässig, wenn der Gegenanspruch mit dem Klaganspruch im rechtlichen Zusammenhange steht und der Gegenanspruch zugleich mit der Klagebeantwortung geltend gemacht wird.

Die Widerklage ist unzulässig, soweit eine freiwillige Prorogation nicht stattfindet.

2. Entwurf einer allgemeinen deutschen Z. P. O. nach den bei der 1. Lesung gefaßten Beschlüssen vorbehaltlich der Schlußredaktion (Anlagen II) § 21:

Eine Widerklage kann bei dem Gerichte der Klage angestellt werden, wenn der Gegenanspruch mit dem Klaganspruch in rechtlichem Zusammenhange (Konnexität) steht, zugleich mit der Klagbeantwortung geltend gemacht wird und nicht einen Gegenstand betrifft, welcher durch freiwillige Vereinbarung der Parteien vor das Gericht der Klage nicht gebracht werden darf.

3. Entwurf einer allgemeinen deutschen Z. P. O. nach den bei der 1. Lesung gefaßten Beschlüssen (Anlagen III) § 22:

lautet ebenso wie § 21 sub 2.

4. Redaktionsentwurf nach den bei der 2. Lesung gefaßten Beschlüssen. § 22:

Eine Widerklage kann bei dem Gerichte der Klage angestellt werden, wenn der Gegenanspruch sich zugleich zu einer Einrede gegen die Klage eignet, oder mit dem Klaganspruch im rechtlichen Zusammenhange (Konnexität) steht, bei der mündlichen Verhandlung zugleich mit der Klagbeantwortung geltend gemacht wird und nicht einen Gegenstand betrifft, welcher durch

freiwillige Vereinbarung der Parteien vor das Gericht der Klage nicht gebracht werden darf.

5. Entwurf einer allgemeinen Z. P. O. für die deutschen Bundesstaaten vom Jahre 1866. § 23:

Eine Widerklage kann bei dem Gerichte der Klage angestellt werden, wenn der Gegenanspruch sich zugleich zu einer Einrede gegen die Klage eignet oder mit dem Klaganspruch in rechtlichem Zusammenhange (Konnexität) steht, in Verbindung mit der mündlichen Klagbeantwortung geltend gemacht wird und nicht einen Gegenstand betrifft, welcher durch freiwillige Vereinbarung der Parteien vor das Gericht der Klage nicht gebracht werden darf.

6. Entwurf einer deutschen Z. P. O. nebst Begründung von 1871. § 32:

Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenstand der letzteren mit dem Gegenstand der Klage oder einer Einrede in rechtlichem Zusammenhange steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn der Gegenstand der Widerklage durch Vereinbarung nicht bei dem Gerichte der Klage geltend gemacht werden kann.

Endlich ist

7. noch der Entwurf einer deutschen Zivilprozeßordnung nebst Begründung von 1872, § 33 zu erwähnen, eine Bestimmung, aus der die jetzige Fassung des § 33 Z. P. O. hervorgegangen ist. Der § 33 des Entwurfs lautet:

Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann oder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche in rechtlichem Zusammenhange steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruches auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können.

In allen vorerwähnten Bestimmungen wird das Erfordernis des Zusammenhangs, und zwar des rechtlichen Zusammenhangs als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Widerklage behandelt. Inwieweit dies auf die Widerklage der Z. P. O. zutrifft, soll einer späteren Erörterung vorbehalten bleiben.

Die bereits bei Cinus ad auth. Et consequenter n. 8 angedeutete, von den späteren italienischen Juristen beibehaltene, mit der Rezeption des romanischen Prozeßrechts übernommene und im gemeinen Rechte von Sartorius, Lehre von der Widerklage, Wetzell, System S. 507 ff., 843 ff., 662 ff., Savigny, System 6, S. 330 ff., Fuchs a. a. O., S. 149 ff., Planck, Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten, S. 67 bis 94, S. 344—371, Bayer, Vorträge, S. 213 ff., Renaud, Lehrbuch §§ 38, 61, 202 III, anerkannte Unterscheidung zweier Arten von Widerklagen, der reconventio perfecta oder propria und reconventio imperfecta oder impropria ist von den neueren Partikulargesetzgebungen und Gesetzentwürfen mit Ausnahme der badischen Prozeßordnung §§ 39, 267 ff. und des

norddeutschen Entwurfs §§ 206, 208 unbeachtet geblieben. Auch der Zivilprozeßordnung ist dieser Unterschied unbekannt. Sie kennt nur eine Art von Widerklage und zwar die im gemeinen Rechte sogenannte reconventio perfecta oder Widerklage im engeren Sinne, die im Gegensatz zu der reconventio impropria den sogenannten effectus simultanei processus im Gefolge hatte, falls keine Gefahr bestand, daß durch die gleichzeitige Verhandlung der Vor- und Widerklage das Verfahren verwirrt oder verzögert werden konnte. Allerdings hat die Zivilprozeßordnung dies nicht ausdrücklich ausgesprochen; denn sie hat eine Begriffsbestimmung der Widerklage nicht gegeben. Sie setzt den Begriff der Widerklage vielmehr als bekannt voraus. Jedoch ergibt sich aus den einzelnen, die Widerklage betreffenden Bestimmungen, daß die Z. P. O. kein neues, von der gemeinrechtlichen reconventio propria völlig abweichendes Institut der Widerklage hat schaffen wollen.

§ 2.

Begriff der Widerklage.

Der im gemeinen Rechte unbestrittene Satz, daß die Widerklage die während eines Rechtsstreits seitens des Beklagten bei dem Prozeßgericht gegen den Kläger erhobene Klage darstellt, gilt auch für das Recht der Z. P. O. Aus den §§ 5, 33, 145 Abs. 2, 322 Z. P. O., §§ 103—105 G. V. G. ergibt sich, daß den Gegenstand der Widerklage ein dem Klaganspruch entgegengestellter Gegenanspruch bildet. Die §§ 33, 506 Z. P. O., §§ 103 bis 105 G. V. G. sehen für die Erhebung der Widerklage

eine besondere Zuständigkeit des Gerichts vor. Gemäß § 145 Abs. 2 Z. P. O. können der Klaganspruch und der mit der Widerklage geltend gemachte Gegenanspruch in getrennten Prozessen verhandelt werden, wenn Klag- und Widerklaganspruch nicht im rechtlichen Zusammenhange miteinander stehen. Nach § 280 Z. P. O. besteht die Erhebung der daselbst bezeichneten Widerklage (Präjudizialinzidentfeststellungsklage) in dem Antrage, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung festgestellt werde. Die Widerklage wird, da sie erst im Laufe des Prozesses erhoben werden kann, gemäß § 281 Z. P. O. mit dem Zeitpunkte rechtshängig, in welchem sie in der mündlichen Verhandlung erhoben wird.

Über den Widerklaganspruch kann das Gericht, wenn die Widerklage zur Entscheidung reif ist, ebenso durch Teilurteil entscheiden, wie in dem Falle, wenn einer von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen oder ein Teil des Klaganspruches zur Entscheidung reif ist. § 301 Z. P. O. Wie über den Klaganspruch, so ergeht auch über den Widerklaganspruch gemäß § 322 Z. P. O. ein der Rechtskraft fähiges Urteil.

Alle diese Bestimmungen lassen klar erkennen, daß die Widerklage der Z. P. O. eine inhaltlich selbständige Klage darstellt, mittels welcher ein neuer die Rechtshängigkeit erzeugender Gegenanspruch geltend gemacht wird.

Daß die Widerklage der Z. P. O. ebenso wie die Widerklage des gemeinen Rechts die Rechtshängigkeit

eines anderen Prozesses voraussetzt und bei dem Gerichte dieses Prozesses anzustellen ist, ergibt sich aus den Bestimmungen der §§ 33, 145 Abs. 2, 278—281, 506 Z. P. O., 105 G. V. G., und daß nur der im Vorprozesse Beklagte gegen den Vorkläger Widerklage zu erheben befugt ist, wird ausdrücklich in den §§ 145, Abs. 2, 280, 616 Z. P. O. hervorgehoben.

Scheinbar, aber auch nur scheinbar steht mit dem vorerwähnten Ergebnisse die Vorschrift des § 278 Abs. 1 Z. P. O. im Widerspruch. Sie besagt: „Angriffs- und Verteidigungsmittel (Einreden, Widerklagen, Repliken usw.) können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden."

Danach müßte man annehmen, daß die Widerklage zu den Angriffs- und Verteidigungsmitteln des anhängigen Rechtsstreits zu rechnen ist. Und diese Schlußfolgerung haben auch

Hellmann, Komm. I, S. 1437, 229, 283, 439; II, S. 44, 47, 55. Lehrbuch, S. 441 ff.

Osterloh, in ZZP. Bd. 3, S. 66 ff. und Lippmann im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 65, S. 359 ff., Bd. 71, S. 331, 337 tatsächlich gezogen.

Allein dieser Schluß ist verfehlt, wie sich aus folgendem ergibt:

Im § 33 Z. P. O. ist die Widerklage den Verteidigungsmitteln geradezu gegenübergestellt, im § 146 Z. P. O. ist der Begriff der Angriffs- und Verteidigungsmittel durch die in Parenthese beigefügten Begriffe (Klaggründe, Einreden, Repliken usw.) erläutert und der

Begriff „Widerklage“ hier gänzlich fortgelassen. Angriffs- und Verteidigungsmittel können ferner nur innerhalb der durch die Klage gezogenen Schranken geltend gemacht werden. Die Widerklage hingegen kann den durch die Klage geschaffenen Prozeßrahmen beliebig überschreiten, auch wenn sie dieselbe Grundlage wie die gegen den Klaganspruch vorgebrachten Verteidigungsmittel aufweist.

J. W. 99, S. 768 Nr. 4.

Über einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel wird ferner gemäß § 303 Z. P. O. nur durch unanfechtbares Zwischenurteil erkannt, während über die Widerklage ebenso wie über die Klage nur durch Endurteil entschieden wird. § 301 Z. P. O. Danach ist also das Schicksal der Widerklage durchaus nicht immer wie das der Angriffs- und Verteidigungsmittel von dem Schicksal der Klage abhängig, die Abweisung der letzteren also keineswegs Voraussetzung für die Begründetheit der Widerklage.

Die Widerklage kann also nicht zu den Angriffs- und Verteidigungsmitteln im Sinne der Z. P. O. gerechnet werden. Die Ausdrucksweise des § 278 Z. P. O. ist ungenau. Diese Bestimmung kann nur dahin ausgelegt werden, daß die Widerklage prozessual ebenso wie Angriffs- oder Verteidigungsmittel behandelt werden sollte, daß sie nur innerhalb des Vorprozesses bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, erhoben werden könne,

Vergl. Loening a. a. O., S. 23 ff. Wach, Handbuch I, S. 289 ff. E. R. G. Bd. 51, S. 8 ff.

ein Grundsatz, wie er auch bezüglich der Präjudizialinzidentfeststellungswiderklage im § 280 Z. P. O. ausgesprochen worden ist.

Aus den Bestimmungen der §§ 278, 280 in Verbindung mit der Vorschrift des § 281 Z. P. O., wonach die Rechtshängigkeit eines in der mündlichen Verhandlung erhobenen Anspruchs mit der Geltendmachung desselben in der mündlichen Verhandlung eintritt, ergeben sich wichtige Anhaltspunkte für die prozessuale Behandlung der Widerklage. Diese kann auf Grund der genannten Bestimmungen nur innerhalb der mündlichen Verhandlung über die Vorklage, in Verbindung mit der Verteidigung des Beklagten auf diese erhoben werden und erscheint sonach als ein Bestandteil des Vorprozesses. Es fragt sich nur, ob die in den §§ 278, 280 erwähnte Erhebungsart der Widerklage die einzige ist oder ob die Widerklage auch gänzlich unabhängig von dem Vorprozeß in Gestalt einer selbständigen Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes erhoben werden kann. Eine Prüfung der die Widerklage betreffenden Bestimmungen ergibt, daß dem nicht so ist. Diese setzen vielmehr die im § 278 erwähnte Erhebungsart innerhalb der mündlichen Verhandlung des Vorprosesses als regelmäßige Erhebungsart der Widerklage voraus. So heißt es in § 105 G. V. G.: Wird in einem bei der Kammer für Handelssachen anhängigen Rechtsstreite ..... eine Widerklage erhoben usw. In der Berufungsinstanz dürfen gemäß § 529 Abs. 2 neue Ansprüche, abgesehen von den Fällen des § 268 Nr. 2, 3, nur mit Einwilligung des

Gegners erhoben werden und zwar aus dem Grunde, weil sonst der Streitstoff erweitert und dem Gegner auf diese Weise bezüglich des neuen Anspruches eine Instanz abgeschnitten werden könnte. Die Motive S. 306 rechnen zu den neuen Ansprüchen auch die Widerklage, woraus zu schließen ist, daß diese prozessual als Teil des bereits anhängigen Rechtsstreits anzusehen ist. Die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung wird bestätigt durch die Vorschriften der §§ 615 Abs. 2, 633 und 667 Z. P. O., wonach die Widerklage zusammen mit der Klageverbindung und in gleicher Weise wie diese beschränkt oder untersagt wird. Auch die sonstigen Vorschriften der Zivilprozeßordnung lassen durchweg auf ein einheitliches Verfahren der Klage und Widerklage schließen, so die §§ 81, 506 Z. P. O., G. V. G. §§ 103—105, G. K. G. § 30, in denen der Begriff „Rechtsstreit" auch die Widerklage mit umfaßt, ferner der § 145 Abs. 2 Z. P. O., welcher die Trennung von Klage und Widerklage zuläßt, wenn Klaganspruch und Widerklaganspruch nicht in rechtlichem Zusammenhange miteinander stehen. Wenn demgegenüber der § 11 G. K. G. die Möglichkeit einer gesonderten Verhandlung von Klage und Widerklage anzudeuten scheint, da er von Klage und Widerklage spricht: „welche nicht in getrennten Prozessen verhandelt werden", so liegt hierin kein Widerspruch gegenüber den Bestimmungen der Z. P. O. Der § 11 G. V. G. betrifft, wie die Motive zu dieser Gesetzesstelle besagen, den Fall, daß das Gericht die Widerklage nicht zum abgesonderten Verfahren verwiesen hat, wozu es unter Umständen gemäß

§ 145 Abs. 2 berechtigt wäre. Die Widerklage erweist sich sonach nicht als der Klage koordiniert, sondern als prozessual von ihr abhängig. Sie steht, worauf die Vorschriften der §§ 280 und 506 hindeuten, mit der Klagerweiterung in Parallele. Sie wird nicht erhoben in Form einer selbständigen Klage, nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern in der mündlichen Verhandlung eines bereits anhängigen Prozesses. Das bestätigen die Motive auf S. 205 ausdrücklich mit den Worten: Die Bestimmungen über die Geltendmachung der Widerklage in der mündlichen Verhandlung lassen mit genügender Deutlichkeit erkennen, daß die besonderen Vorschriften über die Erhebung der Klage, die Klagschrift usw. auf die Widerklage keine Anwendung finden."

Aus dieser Äußerung der Motive ist aber andererseits zu schließen, daß im übrigen die Vorschriften über die Klage auch auf die Widerklage zur Anwendung zu gelangen haben. Stellt sich doch diese, wie wir sahen, als eine wirkliche Klage dar, die nur äußerlich infolge ihrer eigentümlichen Erhebungsform zum Bestandteil eines anderen, bereits anhängigen Prozesses gestempelt wird.

Das Gesetz hat nun die Widerklage nicht schlechtweg zugelassen, sondern von Voraussetzungen abhängig gemacht, die teils auf den Vorprozeß, teils auf die Widerklage selbst Bezug haben. Welcher Art diese Voraussetzungen im einzelnen sind, soll in folgendem näher dargelegt werden. Vorab sollen nur noch die Folgerungen gezogen werden, die sich aus dem Begriffe der

Widerklage als einer inhaltlich selbständigen Klage für die Zulässigkeit derselben ergeben.

§ 3.

Fortsetzung.

Die Widerklage ist, wie wir sahen, dazu bestimmt, in einem anhängigen Rechtsstreite einen neuen Rechtsschutzanspruch, d. h. einen solchen Rechtsschutzanspruch einzuführen, der mit dem Gegenstande der Vorklage nicht identisch ist; denn gegenüber einer Widerklage, deren Gegenstand mit dem Gegenstand des Vorprozesses identisch ist, steht dem Widerbeklagten die Einrede der Rechtshängigkeit zur Seite, da der Widerklageanspruch gemäß § 281 Z. P. O. mit der Erhebung in der mündlichen Verhandlung rechtshängig wird. Bezüglich der Zulässigkeit der Einrede der Rechtshängigkeit ist es gleichgültig, ob sowohl die Vorklage als auch die Widerklage einen Leistungsanspruch zum Gegenstande haben, oder ob die Klage auf Leistung, die Widerklage auf Feststellung gerichtet ist, wofern nur in beiden Fällen dieselbe Streitsache vorliegt. Das ist bei Gleichheit der Rechtsschutzziele von Klage und Widerklage (Verurteilung, Feststellung) dann der Fall, wenn bei beiden sowohl der Klaggrund als auch die aus ihm abgeleitete Rechtsfolge, der Anspruch, derselbe ist.

E. R. G. Bd. 50, S. 419, Bd. 54, S. 50; J. W. 04, S. 160; Scherling in Z. Z. P. Bd. 32, S. 196.

Identität zwischen Klage- und Widerklageanspruch liegt also nicht schon dann vor, wenn beide aus demselben

Rechtsverhältnis hervorgehen. Macht doch der § 33 Z. P. O., wie wir später noch sehen werden, die Zulässigkeit der Widerklage davon abhängig, daß ihr Gegenstand mit dem Klaganspruche oder mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln in rechtlichem Zusammenhang steht. Gegenüber dem Anspruche auf Herausgabe des Wechsels kann also der Beklagte Widerklage auf Zahlung der Wechselsumme,

E. R. G. Bd. 50, S. 419; Seuff. Archiv Bd. 55, Nr. 170; Gruch. 44, S. 1178; Seuff. Archiv, Bd. 54, Nr. 262; R. O. L. G. Bd. 9, S. 100,

gegenüber dem Anspruche auf Erfüllung des Vertrages den Anspruch auf Aufhebung des Vertrages geltend machen.

E. R. G. Bd. 54, S. 50; Seuff. Archiv, Bd. 59, Nr. 163.

Von einer Identität zwischen Klage- und Widerklageanspruch kann ferner auch dann keine Rede sein, wenn die beiderseitigen Ansprüche lediglich von derselben Vorfrage abhängig sind,

Gruch. Bd. 38, S. 1214,

oder wenn das Urteil im Vorprozesse unter den Parteien nur dann die Einrede der Rechtskraft begründen würde, falls die eine Partei obsiegt.

J. W. 94, S. 195; Gruch. Bd. 48, S. 122.

Das ist z. B. der Fall, wenn der Beklagte gegenüber der Erbrechtsfeststellungsklage Feststellungswiderklage dahin erhebt, daß er der Erbe sei.

E. R. G. in J. W. 1894; Gruchot Bd. 48, S. 122 f.

Erstreben Klage- und Widerklageanspruch verschiedene Rechtsschutzziele an, so ist die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber dem Widerklageanspruch

nur dann begründet, wenn der Klaganspruch in jedem Falle diejenige Entscheidung herbeizuführen geeignet ist, die mit der Widerklage verlangt wird. Dagegen schlägt auch hier die Einrede dann nicht durch, wenn die mit der Widerklage begehrte Entscheidung nur im Falle des Obsiegens der einen oder anderen Partei in der Entscheidung über den Klaganspruch ausgesprochen wird. Demgemäß kann der Beklagte gegenüber der Darlehnsklage nur Abweisung derselben, nicht obendrein noch Widerklage auf Feststellung erheben, daß die Darlehnsforderung nicht besteht. Denn hier entbehrt die Widerklage des rechtlichen Interesses an Rechtsschutz, da sie nichts anderes als der Antrag bezweckt, die Klage als unbegründet abzuweisen. Es wäre völlig überflüssig, im Falle der Abweisung der Klage im Urteil nochmals auszusprechen, daß die der Klage zugrunde liegende Forderung unbegründet sei.

Vergl. Wach, Handb. I, S. 481; Wilmowski-Levy N. 1 zu § 33; R. O. L. G. Bd. 5, S. 19 ff.; Bad. Annalen Bd. 57, S. 299; Oertmann, Z. Z. P. 22, S. 25.

Dasselbe gilt im umgekehrten Falle. Gegenüber der negativen Feststellungsklage kann der Beklagte nicht gleichzeitig Abweisung der Klage und positive Feststellung des vom Kläger verneinten Rechtsverhältnisses im Wege der Widerklage begehren.

E. R. G. Bd. 41, S. 50, Bd. 71, S. 75.

In diesen Fällen hat die Unzulässigkeit der Widerklage ihren tieferen Grund darin, daß das Urteil über den Vorklageanspruch zugleich auch für den Widerklageanspruch Rechtskraft schafft. Das über die Klage

ergehende Sachurteil stellt das Bestehen oder Nichtbestehen des Leistungsanspruches in jedem Falle, sowohl im Falle der Verurteilung, als auch im Falle der Klagabweisung fest.

Identität des Klage- und Widerklageanspruches liegt dagegen dann nicht vor, wenn der Beklagte gegenüber der auf Zahlung eines Teilbetrages gerichteten Klage, Feststellungswiderklage dahin erhebt, daß die ganze Schuld nicht besteht. In diesem Falle begehrt der Beklagte eine einheitliche Entscheidung, die nicht geteilt werden darf und die auch nicht mit der vom Kläger verlangten identisch ist. Wohl ist die Entscheidung über das Ganze auch eine Entscheidung über den Teil, nicht aber umgekehrt die Entscheidung über den Teil eine solche über das Ganze. Die Feststellung, daß die ganze Forderung des Klägers nicht besteht, folgt nicht aus der Abweisung des Klägers hinsichtlich des eingeklagten Betrages, vielmehr nur unmittelbar aus der Entscheidung über die Feststellungsklage.

Zustimmend: E. R. G. Bd. 9, S. 343; E. R. G. Bd. 29, S. 363; J. W. 1893, S. 306, Nr. 5; R. O. L. G. Bd. 4, S. 212; Oertmann a. a. O., S. 37; Schwalbach in Gruch. Beitr. Bd. 26, S. 517 Anm. 2; Fuchs in J. W. 1895, S. 32; Wach I, S. 373; Seuffert, Note 5a zu § 280 Z. P. O.; Petersen, Note 2 zu § 280 Z. P. O.; Struckmann-Koch, Note 5 zu § 280 Z. P. O.; Blanckmeister, Recht 11, S. 1180.

Abweichend: Kroll, Klage und Einrede, S. 62; Loening a. a. O., S. 51; Muskat, Z. f. Z. P. Bd. 12, S. 336; Linkelmann ebenda Bd. 18. S. 454.

Desgleichen ist es für zulässig zu erachten, daß der Beklagte gegenüber der negativen Feststellungsklage

Abweisung der Klage beantragt und zugleich Widerklage auf Zahlung der vom Kläger in Abrede genommenen Forderung erhebt. Auch hier begründet der durch die negative Feststellungsklage eingeleitete Prozeß gegenüber der Leistungswiderklage des Beklagten nicht die Einrede der Rechtshängigkeit.

Vergl. R. E. G. Bd. 21, S. 393, Bd. 40, S. 362, Bd. 60, S. 392.

Zwar äußern sowohl das Urteil über den Anspruch der Vorklage als auch das Urteil über den Widerklageanspruch Rechtskraftwirkungen zwischen den Parteien hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens des den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Anspruches. Aber diese Rechtskraftwirkungen sind verschieden. Das rechtskräftige Urteil im Feststellungsprozeß äußert die Wirkung, daß im Falle der Verurteilung auf die negative Feststellungsklage hin rechtskräftig festgestellt wird, daß der behauptete Anspruch des Beklagten nicht besteht, und umgekehrt, wenn die Klage abgewiesen wird, daß ein Anspruch der behaupteten Art in irgend welchem Betrage besteht.

E. R. G. Bd. 29, S. 345, Bd. 40, S. 401, 404, Bd. 60, S. 391; J. W. 1906, S. 809, Nr. 4.

Wird die Leistungswiderklage rechtskräftig abgewiesen, so ergibt sich dieselbe Wirkung wie die verurteilende Entscheidung im Feststellungsvorprozesse; im Falle der Verurteilung aber stellt das rechtskräftige Urteil über den Widerklageanspruch fest, nicht nur, daß dem Widerkläger irgend ein Anspruch zusteht, sondern, daß dieser ihm in ganz bestimmter Höhe

zusteht. Außerdem verschafft das Urteil über den Widerklageanspruch dem Widerkläger Befriedigung, die er, wenn er sich lediglich auf den Antrag, die negative Feststellungsklage abzuweisen, beschränkt hätte, nicht schlechthin sich verschaffen konnte. Aus dieser Sachlage ergibt sich, daß die negative Feststellungsklage im Augenblick der Erhebung der Leistungswiderklage hinfällig werden muß, da sie nur dem Interesse des Feststellungsklägers dient, während die Leistungsklage den Zwecken des Prozesses und dem vernünftigen Interesse beider Parteien dient und daher existenzberechtigt ist.

Vergl. J. W. 1909, S. 222, Nr. 14, S. 223.

Zustimmend: Hellwig, Lehrb. Bd. 3, S. 53 ff.; Stein, Anm. 1 zu § 33 Z. P. O.; E. R. G. Bd. 71, S. 73 ff.; Weismann, Feststellungsklage, S. 162.

Abweichend: Loening a. a. O., S. 50.

Identisch sind, namentlich Klage- und Widerklageanspruch, auch wenn sie dasselbe Objekt betreffen, auch bei dinglichen Ansprüchen nicht. Daher ist es für zulässig zu erachten, daß der Beklagte gegenüber der rei vindicatio, anstatt sich mit der Abweisung der Klage zu begnügen, Klage auf Feststellung seines Eigentums erhebt. Denn es ist nicht dasselbe, ob der Kläger wegen Nichtbestehens oder Nichterweislichkeit seines Eigentums abgewiesen, oder ob dem Beklagten das Eigentum an der in Streit befangenen Sache zugesprochen wird. Der Grund hierfür liegt darin, daß in dem Urteil auf Leistung über das Eigentum nicht rechtskräftig mit entschieden wird.

Vergl. Loening a. a. O., S. 52; Stein, Anm. 1 zu § 33; Hellwig, System, S. 116, 316; Seuffert, Anm. 5 zu § 280; Motive z. Entw. I B. G. B. III, S. 396; Hellwig, Anspruch auf Klagrecht, S. 411 f.; Dernburg, Bürgerl. Recht III, S. 118 Anm. 3.

Mit den letzteren Beispielen sind wir bereits in das Gebiet der Präjudizialfeststellungsklage des § 280 Z. P. O. hineingeraten. Auf Grund dieser Bestimmung kann der Beklagte bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Rechtsstreits streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde. Die Zulassung dieser Klagart beweist, daß Identität zwischen Klag- und Widerklaganspruch dann nicht vorliegt, wenn sie im Präjudizialverhältnisse zueinander stehen, d. h. wenn der Widerklaganspruch für den Klaganspruch positiv oder negativ bedingend ist. Die Präjudizialinzidentfeststellungsklage kann einerseits negative Feststellung eines den Klaganspruch positiv bedingten Rechtsverhältnisses bezwecken, sie kann aber auch auf positive Feststellung eines den Klaganspruch ausschließenden Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Präjudizialität im ersteren Sinne liegt beispielsweise vor, wenn der Beklagte gegenüber der Zinsklage negative Feststellungsklage dahin erhebt, daß die Kapitalschuld nicht bestehe oder gegenüber der rei vindicatio Widerklage dahin erhebt, festzustellen,

daß der Kläger nicht Eigentümer der in Streit befangenen Sache sei. Beantragt dagegen der Beklagte im Wege der Widerklage, festzustellen, daß e r der Eigentümer der in Streit befangenen Sache sei, so haben wir Präjudizialität im letzteren Sinne vor uns.

Was speziell die Zulässigkeit der Inzidentfeststellungswiderklage betrifft, so ist hier die Frage von erheblicher Bedeutung, ob eine derartige Widerklage schon dann begründet ist, wenn der Klage nicht entsprochen werden kann, ohne daß über das incidentur geltend gemachte Rechtsverhältnis entschieden wird oder ob die Widerklage nur dann zulässig ist, wenn die Klage nicht abgewiesen werden kann, ohne daß über das Rechtsverhältnis enstchieden wird. Ein Beispiel soll diese Fragestellung erläutern. Auf Grund einer ihm angeblich zustehenden Kapitalforderung macht der Kläger einen Zinsanspruch geltend. Der Beklagte wendet ein, daß die Kapitalsforderung nicht bestehe, daß aber außerdem der Zinsanspruch verjährt sei. Muß der Richter in diesem Prozesse der Inzidentwiderklage, daß eine Kapitalschuld nicht bestehe, stattgeben, obwohl für ihn die Abweisung der Klage bereits wegen Verjährung des Zinsanspruches feststeht oder kann er aus diesem Grunde die Widerklage für unzulässig erklären? Daß der Klaganspruch von dem incidenter geltend gemachten Widerklageanspruche „abhängt", kann nicht zweifelhaft sein. Denn wenn eine Kapitalsforderung nie bestanden hat, kann auch der Zinsanspruch nicht begründet sein. An sich ist also die Ansicht derer, die die Inzidentwiderklage auch in diesem Falle für

zulässig erachten, mit dem Gesetzestexte des § 280 Z. P. O. sehr wohl vereinbar. Gleichwohl wird man die Inzidentwiderklage um deswillen nicht zulassen dürfen, weil sie dem Zwecke der Vorschrift des § 280 Z. P. O. zuwider läuft. Denn durch diese Vorschrift sollen die Parteien in den Stand gesetzt werden, ein rechtskräftiges Erkenntnis über die durch § 322 Z. P. O. beseitigte Rechtskraft der von v. Savigny sogenannten Urteilselemente herbeizuführen.

Vergl. Motive, S. 188 f., 205, 227 f.

Wird nun die Zinsklage wegen Verjährung des Zinsanspruches abgewiesen, so ist für die Entscheidung die Frage, ob eine Kapitalsschuld besteht oder nicht, gänzlich gleichgültig. Sie kann vielmehr in abweisendem Erkenntnisse „dahin gestellt bleiben". Ist aber das Nichtbestehen der Kapitalsschuld für die Entscheidung des Vorprozesses gleichgültig, so bildet die Entscheidung hierüber kein Element des Urteils, die Inzidentwiderklage ist daher als unzulässig zurückzuweisen.

Zustimmend: Stein, Anm. II zu § 280 Z. P. O.; Weismann, Lehrb. I, S. 486; Seuffert, Anm. 5a zu § 280 Z. P. O.

Abweichend: Loening, Z. Z. P. Bd. 4, S. 54; Oertmann, Z. Z. P. Bd. 22, S. 27 ff.; Förster-Kann, Anm. zu § 280 Z. P. O.

Die Inzidentfeststellungswiderklage ist nur in Ansehung eines Rechtsverhältnisses zulässig, d. h. eines rechtlich geordneten Verhältnisses oder Beziehung zwischen Personen, einer Rechtsbeziehung einer Person zu einer Sache oder einem anderen Rechtsobjekt. Daher können einzelne, den Klaganspruch begründende Tat-

sachen nicht zum Gegenstande einer Präjudizierindent-feststellungswiderklage gemacht werden. Daher ist auch die im § 256 Z. P. O. zugelassene Feststellungsklage in Ansehung der Echtheit einer Urkunde als Widerklage im Sinne des § 280 Z. P. O. unstatthaft. Soweit das Prozeßrecht die Erhebung einer Widerklage schlechthin für unzulässig erklärt, kann auch eine Inzidentwiderklage nicht erhoben werden. Dasselbe gilt auch für den Fall, daß durch materiell rechtliche Vorschriften die Unzulässigkeit derartiger Anträge ausgesprochen worden ist. Das gilt z. B. von den Vorschriften der §§ 1329, 1343 Abs. 2 in Ansehung der Anfechtung der Ehe und von der Vorschrift des § 1556 Abs. 3 in Ansehung der Unehelichkeit eines Kindes.

§ 4.

Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage mit Bezug auf den Vorprozeß.

Wir kommen nunmehr zur Erörterung der einzelnen Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage. Diese beziehen sich teils auf die Widerklage selbst, teils auf den Vorprozeß, in dessen Verlaufe die Widerklage erhoben wird. Behandeln wir zunächst die Voraussetzungen der Widerklage, die sich auf den Vorprozeß beziehen.

Wie bereits oben des Näheren dargelegt worden ist, setzt die Widerklage die Rechtshängigkeit eines anderweitigen Rechtsstreites voraus. Dieser Grundsatz ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus den Gesetzesstellen, die die Widerklage betreffen, ohne weiteres. Zum Überflusse betonen dies

die Motive auf Seite 188 noch ausdrücklich: „Der Entwurf hat es nicht für erforderlich gehalten, die Befugnis des Beklagten zur Erhebung einer Widerklage als eine prozessuale Wirkung der Rechtshängigkeit zu bezeichnen, da eine derartige Vorschrift nur doktrinäre Bedeutung haben würde, indem aus den Bestimmungen des Entwurfs . . . . . zur Genüge hervorgeht, daß die Erhebung der Widerklage die Rechtshängigkeit der Klage voraussetzt.“ Wenn der § 33 Z. P. O. bestimmt: „Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden“, so soll damit, wie W a c h , Handbuch I, S. 475 mit Recht hervorhebt, lediglich das Gericht gemeint sein, bei dem die Klage schwebt, nicht das Gericht, bei dem die Klage erhoben werden kann oder bei dem die Klage anhängig gewesen ist. Da die Rechtshängigkeit einer Streitsache nur durch die Erhebung einer Klage, sei es Leistungsklage, Feststellungsklage oder auch Rechtsgestaltungsklage erzeugt wird, so können andere Gesuche, z. B. das Arrestgesuch § 916, Vollstreckungsgesuche, Ladung zum Sühnetermin § 510, Antrag auf Beweissicherung usw. nicht zur Grundlage eines Widerklageprozesses gemacht werden.

Zustimmend mit eingehender Begründung: W a c h , Handb. I, S. 484, Anm. 35; K l e i n f e l l e r a. a. O., S. 80.

Abweichend: L o e n i n g a. a. O., S. 34; W e i s m a n n , Hauptintervention, S. 163, Anm. 10, S. 165, S. 165 Anm. 14.

Nur das Gesuch um Erlaß eines Zahlungsbefehls macht von dem Gesagten eine Ausnahme, da das Mahnverfahren geeignet ist, die Wirkungen der Rechtshängigkeit ins Leben zu rufen. Gemäß § 693 Z. P. O.

treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner ein. Bei rechtzeitiger Erhebung des Widerspruches wird gemäß § 696 Z. P. O. die Klage wegen des Anspruches als erhoben angesehen. Unterläßt der Schuldner den Widerspruch, so ergeht auf Antrag des Gläubigers der Vollstreckungsbefehl. Dieser steht gemäß § 700 Z. P. O. einem über den Anspruch entscheidenden Versäumnisurteile gleich. Kommt es im Mahnverfahren nicht zu einer mündlichen Verhandlung, so kann eine Widerklage nicht erhoben werden, da es dazu einer mündlichen Verhandlung bedarf.

Abgesehen von dem eben erwähnten Ausnahmefalle beginnt die Rechtshängigkeit einer Streitsache mit dem Augenblick, in dem die Klage erhoben, d. h. dem Beklagten zugestellt worden ist bezw. in den Fällen der §§ 500, 510 c mit dem Momente, in dem die Klage in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist.

Die Wirkungen der Rechtshängigkeit und mit ihnen die Möglichkeit der Erhebung einer Widerklage treten ein, auch wenn die Klage nicht ordnungsgemäß erhoben ist, sei es, daß der Inhalt der Klagschrift nicht den Vorschriften des § 253 Abs. 2 entspricht oder daß die Vorschriften über die Klagzustellung § 166 ff. nicht beobachtet worden sind, oder sei es, daß sonstige Mängel in den Prozeßvoraussetzungen vorhanden sind. Soweit es sich um heilbare Mängel handelt, wird die Erhebung der Widerklage durch sie nicht berührt, die Widerklage nicht unzulässig. Denn durch die Erhebung der Widerklage verzichtet der Beklagte in der Regel freiwillig

auf sein Rügerecht. Außerdem aber kann der Beklagte seines Rügerechtes gemäß § 295 Z. P. O. verlustig gehen. Leidet dagegen die Widerklage an solchen Mängeln, die das Gericht von Amtswegen zu berücksichtigen hat und die auch die Widerklage berühren, so ist diese ebenso wie die Vorklage als unzulässig abzuweisen. Das wird z. B. der Fall sein, wenn die eine Partei nicht parteifähig oder prozeßfähig ist, wenn dem gesetzlichen Vertreter die Legitimation fehlt. In Fällen dieser Art verliert auch die Widerklage ihre Existenzberechtigung, da sie an denselben Mängeln wie die Vorklage krankt. Die Widerklage bleibt dagegen anhängig, wenn sie von den Mängeln der Vorklage, die zu ihrer Abweisung geführt haben, nicht berührt wird. Denn die Rechtshängigkeit der Vorklage braucht nicht bis zur Erledigung des Widerklageprozesses fortzudauern. Das ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 263 Nr. 2 und 301 Z.P.O.

Zustimmend: Gaupp, Anm. II zu § 33; Kohler a. a. O., S. 109 f.; Jur. Lit.-Bl. 10, S. 136; Seuffert, Anm. 2a zu § 33.

Abweichend: Struckmann-Koch, Anm. 1 Abs. 3 zu § 33; Skonietzki-Gelpcke, Anm. 1b zu § 33; Petersen, Anm. 7 zu § 33; Wach, Handb. I, S. 475; Planck, Lehrb. I, S. 71; Loening a. a. O., S. 36 ff.; 144 f.; Kleinfeller a. a. O., S. 49; Lippmann, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 65, S. 362.

Die Rechtshängigkeit des Vorprozesses und damit die Möglichkeit der Erhebung einer Widerklage entfällt in dem Augenblicke, in dem der Vorprozeß durch rechtskräftiges Urteil, durch Zurücknahme der Klage, durch Vergleich, Verzicht auf den Klaganspruch, Anerkenntnis

seitens des Beklagten beendet worden ist. Die einmal erhobene Widerklage wird jedoch durch die Zurücknahme der Klage nicht hinfällig. Zu beachten ist allerdings die Vorschrift des § 271 Abs. 3 Z. P. O. Diese Vorschrift bestimmt, daß durch die Zurücknahme der Klage der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist, daß also sämtliche Wirkungen als derart beseitigt gelten, als ob eine Klage niemals erhoben wäre. Da die Widerklageerhebung mündliche Verhandlung voraussetzt, und die Klage ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung zurückgenommen werden darf, so kann die Klage nach Erhebung der Widerklage nur mit Einwilligung des Beklagten zurückgenommen werden. Willigt der Beklagte in die Zurücknahme der Klage ein, so entzieht er damit seiner auf die Vorschrift des § 33 Z. P. O. gestützten Widerklage durchaus nicht den Boden, wie Gaupp-Stein, Anm. 5 zu § 271 Z. P. O., Wach, Handb. I, S. 478, Lippmann, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 65, S. 362 annehmen, sondern es geht in diesem Falle die Vorschrift des § 263 Nr. 2, wonach die Zuständigkeit des Prozeßgerichts durch eine nachträgliche Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt wird, der Vorschrift des § 271 Abs. 3 vor.

Zustimmend: Struckmann-Koch, Anm. 3 Abs. 1 zu § 271; Petersen, Anm. 6 zu § 271; Planck, Lehrb. I, S. 311; Weismann, Lehrb. I, S. 479; Loening, a. a. O., S. 41, Note 35; Seuffert, Anm. 2 zu § 33.

Eine Widerklage kann nur erhoben werden, solange sich der Vorprozeß noch in der ersten Instanz oder in

der Berufungsinstanz befindet. In der Revisionsinstanz ist die Erhebung einer Widerklage durch die Vorschrift des § 561 Z. P. O. ausgeschlossen; denn gemäß § 561 unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichtes nur dasjenige mündliche Parteivorbringen, welches aus dem Tatbestande des Berufungsurteils oder aus dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. In der ersten Instanz kann die Widerklage gemäß §§ 278, 281 bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, erhoben werden.

Da die Widerklage eine mündliche Verhandlung des Vorprozesses voraussetzt, so ist vor Beginn der ersten mündlichen Verhandlung derselben kein Raum für die Erhebung einer Widerklage. Eine Ausnahme von dem in dem § 278 ausgesprochenen Grundsatze hat die Z. P. O. nur bei solchen Rechtsstreitigkeiten zugelassen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, sofern in diesen Prozessen ein vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter gemäß §§ 348 ff. angeordnet wird. Der § 350 Z. P. O. ordnet an, daß die Parteien in dem Verfahren vor dem beauftragten Richter alle ihnen bekannten bestehenden Ansprüche, also auch Widerklageansprüche, zu Protokoll geben müssen. Denn Ansprüche, welche zu Protokoll des beauftragten Richters nicht festgestellt worden sind, können in der darauf folgenden mündlichen Verhandlung vor dem ordentlichen Gerichte nur geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß dieselben erst später entstanden

oder der Partei bekannt geworden sind. § 354 Abs. 2.

Der § 279 Z. P. O., welcher den Beklagten mit nachträglich vorgebrachten Verteidigungsmitteln zurückweist, bezieht sich nicht auf die Widerklage. Eine Widerklage verzögert niemals einen Rechtsstreit, auch dann nicht, wenn bereits im Vorprozeß ein Beweisbeschluß, ein Zwischen- oder ein Teilurteil erlassen worden ist. Dies gilt auch dann, wenn durch Zwischenurteil über ein zum Gegenstande eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels gemachtes präjudizielles Rechtsverhältnis entschieden worden ist und nachträglich die rechtskräftige Feststellung gerade dieses Rechtsverhältnisses im Wege der Widerklage begehrt wird. Allerdings ist das Gericht auf Grund des § 318 Z. P. O. bei der Endentscheidung des Vorprozesses an das Zwischenurteil gebunden. Trotzdem aber ist der Inzidentfeststellungswiderklage des Beklagten stattzugeben, da sie im Gegensatze zu den Angriffs- und Verteidigungsmitteln über den Rahmen des Vorprozesses hinausgeht, einen über die Entscheidung des Vorprozesses hinausgehenden Zweck verfolgt.

Vergl. Loening a. a. O., S. 128. Zustimmend auch Oertmann a. a. O., S. 57.

Ist dagegen eine Gegenforderung im Wege der Aufrechnung geltend gemacht worden und ihr Nichtbestehen bereits durch Zwischenurteil festgestellt worden, so liegt bereits eine der Rechtskraft fähige Entscheidung vor — § 322 Abs. 2 —, so daß der Beklagte jetzt nicht mehr das Bestehen der Gegenforderung im Wege der

Inzidentwiderklage verlangen kann. Denn Inzidentanträge setzen gemäß § 280 Z. P. O. gerade voraus, daß eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Gegenforderung bisher nicht vorliegt.

Vergl. E. R. G. Bd. 50, S. 403; Loening a. a. O., S. 128, Oertmann, Z. f. d. Z., Bd. 22, S. 57.

Dem Beklagten steht in einem solchen Falle lediglich das Rechtsmittel der Berufung gegen die Endentscheidung zu.

Ist der Vorprozeß in die Berufungsinstanz gelangt, so kann eine Widerklage gemäß § 529 Abs. 2 nur mit Einwilligung des Gegners erhoben werden. Zwar spricht der § 529 Abs. 2 nicht ausdrücklich von „Widerklage", sondern von „neuen Ansprüchen", aber unter diesem Begriff fällt auch die Widerklage. Denn, wie schon erwähnt, heben die Motive zu dieser Gesetzesstelle ausdrücklich hervor, daß die Widerklage einen Gegenanspruch enthalte, und ebenso wie die „neuen Ansprüche" eine Erweiterung des Streitstoffes bezwecke.

Vergl. die E. R. G. Bd. 29, S. 366, Bd. 47, S. 390, J. W. 99, S. 226 Nr. 14; J. W. 01, S. 366, Nr. 6, S. 248 Nr. 2.

Nur im Ehescheidungsprozesse ist die Erhebung einer Widerklage nicht bloß in der ersten, sondern auch in der Berufungsinstanz ohne Einwilligung des Gegners zulässig. Das hängt mit der Eigentümlichkeit dieser Prozeßart zusammen. Die Vorschriften der §§ 614—616 wollen eine Vervielfältigung der Eheprozesse verhindern. Alle Angriffe auf den Bestand der Ehe sollen in einem Verfahren ihre Erledigung finden. Darum ist im § 614

Z. P. O. die Klagänderung und gemäß § 615 die Verbindung der Herstellungs-, Scheidungs- und Anfechtungsklage entgegen der Regel des § 260 Z. P. O. zugelassen worden, trotzdem diese Klagen ganz verschiedene Ziele verfolgen und völlig verschiedene Grundlagen aufweisen. Es kommt hinzu, daß die Vorschrift des § 616 den Beklagten geradezu zwingt, noch in der Berufungsinstanz gegenüber einer Scheidungsklage oder Anfechtungsklage Widerklage zu erheben. Denn im Falle der Abweisung der Scheidungsklage oder der Anfechtungsklage kann der Beklagte später das Recht, die Scheidung zu verlangen oder die Ehe anzufechten, nicht mehr auf Tatsachen stützen, auf welche er in dem früheren Rechtsstreite eine Widerklage zu gründen imstande war. Daß endlich die Vorgeschichte der §§ 614—616 die hier vertretene Ansicht bestätigt, hat Seuffert in Anmerkung 1 d zu § 615 eingehend dargelegt.

Zustimmend: Struckmann-Koch, N. 1 Abs. 2 zu § 615; Gaupp-Stein, N. I 1 zu § 615, Anm. IIb zu § 614; Petersen, Anm. 2 zu § 615; E. R. G. Bd. 8, S. 351, Bd. 31, S. 9 ff.; Gruch. Beitr. Bd. 37, S. 403, Bd. 38, 176, Bd. 31, S. 1140; Seuff. Arch. Bd. 48 Nr. 187, Bd. 38, Nr. 190, Bd. 49, Nr. 290.

Abweichend: Loening a. a. O., S. 127 N. 162.

§ 5.

Geeignete Prozeßart des Vorprozesses.

Nur im ordentlichen Prozeßverfahren, also nur vor den ordentlichen bezw. Konsulargerichten kann gegenüber der Vorklage eine Widerklage erhoben werden; denn nur auf das Verfahren vor den ordentlichen bezw.

Konsulargerichten findet die Zivilprozeßordnung Anwendung.

Vergl. E. G. zur Z. P. O. § 3 Abs. 1, Reichsgesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879, §§ 14, 15.

Die Zulässigkeit der Widerklage in Klagesachen, die zur Zuständigkeit sonstiger, besonderer Gerichte gehören, ist nicht im Reichsrechte geregelt, sondern bestimmt sich nach den für das Verfahren vor den besonderen Gerichten geltenden Landesgesetzen. Soweit die Landesgesetzgebung die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, den ordentlichen Gerichten übertragen hat, kann sie die Zulässigkeit der Widerklage gemäß § 3 E. G. z. Z. P. O. beschränken oder sogar gänzlich ausschließen. Im schiedsrichterlichen Verfahren ist die Erhebung einer Widerklage nur gestattet, sofern der Schiedsvertrag dies ausdrücklich bestimmt hat oder sofern die Schiedsrichter nach freiem Ermessen die Erhebung einer Widerklage zulassen.

Von der Regel, daß die Widerklage nur vor den ordentlichen Gerichten erhoben werden kann, hat die Zivilprozeßordnung eine Reihe von Ausnahmen statuiert. Im Urkunden- und Wechselprozeß, im Entmündigungsverfahren, vergl. die §§ 595, Abs. 1, 667 Abs. 2, 679, 684, 696, ebenso in dem Prozesse, der die Anfechtung der Ehelichkeit oder die Anerkennung der Ehelichkeit betrifft (§ 641 Abs. 3), endlich in dem die Anfechtung einer Todeserklärung betreffenden Verfahren (§ 975, 667 Abs. 2) ist die Erhebung einer Widerklage gänzlich ausgeschlossen. Den Ausschluß der Widerklage im

Urkundenprozeß begründen die Motive, S. 350 damit, daß die Einfachheit dieses Prozeßverfahrens unter allen Umständen gewahrt werden müsse.

Auch im Laufe eines gewöhnlichen Prozesses kann eine Widerklage im Urkundenprozeß nicht erhoben werden, da hier die Vorschrift des § 595 Abs. 1 entsprechend anzuwenden ist, außerdem aber auch die Vorschrift des § 593 Abs. 1 entgegensteht; denn die Widerklage kann nur mündlich erhoben werden.

Zustimmend: Wach, Loening, Gaupp-Stein, Struckmann-Koch § 33 N. 1, Loening a. a. O., S. 122, Wilmowski-Levy § 33, N. 1.

Abweichend: Kleinfeller a. a. O., S. 80.

Dagegen ist die Erhebung einer Widerklage im Nachverfahren des Urkundenprozesses für zulässig zu erachten, da nunmehr der Urkundenprozeß durch den Erlaß des Vorbehaltsurteils beendet worden ist, und nunmehr im ordentlichen Verfahren anhängig ist.

Vergl. § 600 Abs. 1 Z. P. O.

In Ehesachen und in Rechtsstreitigkeiten über das Eltern- und Kindesverhältnis ist die Widerklage nur unter Beschränkungen zugelassen. §§ 615 Abs. 2, 633 Abs. 2, 640 Abs. 2. Das hat seinen Grund in der Eigentümlichkeit dieser Prozeßarten. Im Eheprozesse (§§ 615, 639) darf eine Widerklage nur in der Prozeßart der Vorklage erhoben werden. Als Vorklagen kommen im Eheprozesse die Klagen in Betracht, welche auf Herstellung des ehelichen Lebens, auf Ehescheidung, auf Feststellung der Ungültigkeit oder auf Feststellung der Nichtigkeit der Ehe gerichtet sind. Gegenüber der Scheidungs-,

Herstellungs- oder Anfechtungsklage kann der Beklagte nur ebenfalls eine Eheklage und zwar nur eine solche erheben, welche zu einer der drei genannten Klagarten gehört. § 615 Abs. 2. Er kann aber auch mehrere dieser Klagen miteinander verbinden und zum Gegenstande des Widerklageprozesses machen. § 615 Abs. 1. Dagegen ist der Beklagte gegenüber einer Nichtigkeitsklage nur eine Nichtigkeitswiderklage bezw. eine Widerklage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Ehe zu erheben befugt. Widerklagen anderer Art sind durch Z. P. O. § 633 Abs. 2 ausdrücklich ausgeschlossen.

Eine Nichtigkeitswiderklage ist aber nur für zulässig zu erachten, wenn die Vorklage von einem Ehegatten gegen den andern erhoben ist. Sie ist ausgegeschlossen, wenn die Nichtigkeitsklage von dem Staatsanwalt oder einem Dritten angestellt worden sind. Denn diesen fehlt die Passivlegitimation.

Zustimmend: Loening a. a. O., S. 123, Anm. 155. Vergl. die Motive, S. 364 ff., insbesondere S. 369.

Aus der Beschränkung der Widerklage im Eheprozesse ergibt sich, daß gegenüber einer im ordentlichen Verfahren erhobenen Klage eine Ehewiderklage nicht angestellt werden darf, da für den Ausschluß der Ehewiderklage dieselben Gründe sprechen, wie sie in den Motiven S. 364 ff. für den Eheprozeß ausgesprochen worden sind. „Wahrung der gleichen Prozeßart, Verhütung unlösbarer Verwirrung."

Die Frage, ob auch die mündliche Verhandlung über einen Arrestanspruch und über das Gesuch um

Erlaß einer einstweiligen Verfügung zur Grundlage einer Widerklage gemacht werden können, ist streitig. Loening, a. a. O., S. 34 hält hier eine Widerklage für statthaft, da das Arrestgesuch als eine Klage anzusehen ist, vermittels welcher der Arrestanspruch geltend gemacht werde. Allein es ist im Arrestverfahren keine Klage anhängig. Es steht hier nicht die Frage zur Entscheidung, ob ein Anspruch im materiellen Sinne besteht oder nicht, sondern es handelt sich lediglich darum, ob eine prozessuale Verfügung rechtmäßig ist oder nicht. Es stehen sich also im Arrestverfahren nicht „Anspruch" und „Gegenanspruch" gegenüber. Außerdem aber würde die auch für das Arrestverfahren geltende Vorschrift des § 802 Z. P. O. wohl in sehr vielen Fällen mit der Vorschrift des § 33 Abs. 2 Z. P. O. in Konflikt geraten; denn für den Arrestprozeß ist ein ausschließlicher Gerichtsstand statuiert.

Zustimmend: Gaupp-Stein, Anm. II, 4 zu § 33; Seuffert, N. 3 d zu § 33; Wach, Handb. I, S. 484, Anm. 35; Hellmann, Lehrb., S. 446; Weismann, Hauptintervention, S. 163, 165 Anm. 14; Wilmowski-Levy, Anm. zu § 33; Petersen, Anm. 26 zu § 33.

Abweichend: Kleinfeller a. a. O., S. 80; Loening a. a. O., S. 34 und 124; Schollmeyer, Kompensationseinrede, S. 40.

Die vorerwähnten Gründe sprechen auch gegen die Zulässigkeit einer Widerklage gegenüber der Klage auf Aufhebung eines Arrestes wegen veränderter Umstände. § 927. Hier wird es immer an dem im § 33 erforderten Zusammenhange fehlen.

Vergl. R. G. in J. W. 1883, S. 271 Nr. 9; Petersen, Anm. 26 zu § 33 Z. P. O.

Das über den Arrestprozeß Gesagte trifft auch auf das Verfahren betr. Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu.

Wach, Handbuch I, S. 484 Anm. 35.

Gaupp-Stein, Anm. II, 4 zu § 33.

Dasselbe gilt auch von dem Verfahren, in dem über die Zulässigkeit, Aufhebung oder Einstellung einer Vollstreckungsmaßregel gestritten wird. §§ 766, 775 ff. Dagegen kann den sich aus §§ 722 f., 731, 767 f. ergebende Klagen eine Widerklage entgegengestellt werden, auch wenn sie nicht die Rechtsmäßigkeit der Zwangsvollstreckung betrifft, sondern einen selbständigen Anspruch enthält. Nur muß natürlich die Widerklage den sonstigen, für sie aufgestellten Erfordernissen genügen.

Vergl. Francke in Z. f. d. Z., Bd. 8, S. 98 ff. Wach, Handb. I, S. 485 Anm. 37, S. 631.

Gegenüber einer auf die Vorschrift des § 768 Z. P. O. gestützten Klage kann der Beklagte gemäß § 726 Z. P. O. Widerklage erheben, da hier das Erfordernis des rechtlichen Zusammenhanges des § 33 gegeben ist. Denn im Vorprozeß und Widerklageprozeß steht die Frage zur Entscheidung, ob eine Vollstreckungsklausel zu erteilen ist oder nicht.

R. G. in J. W. 1888, S. 329 Nr. 7; Gruch. Bd. 33, S. 1202.

§ 6.

Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage, die sich auf den Widerklageprozeß beziehen.

Wir gehen nunmehr zur Erörterung der Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage über, die sich auf diese selbst beziehen.

Wir haben oben bereits gesehen, daß durch die Widerklage ebenso wie durch die Klage eine selbständige Rechtsschutzhandlung nachgesucht wird und daß die Widerklage sich von der Klage nur dadurch unterscheidet, daß sie im Laufe eines anderweitigen Prozesses erhoben wird. Im allgemeinen gelten daher die Vorschriften über die Prozeßvoraussetzungen und prozessualen Klagvoraussetzungen auch für die Widerklage, sofern nicht Abweichungen hiervon sich aus dem Zwecke ergeben, dem das Institut der Widerklage im heutigen Rechte zu dienen bestimmt ist. Die Zivilprozeßordnung bezweckt durch die Einführung der Widerklage die mündliche Verhandlung und Aburteilung zusammenhängender Rechtsstreitigkeiten. Mit Rücksicht darauf hat das Gesetz hinsichtlich der Prozeßvoraussetzung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit besondere Grundsätze aufgestellt, indem es die Zuständigkeit des Gerichts der Klage für den Fall erweitert, daß der Gegenanspruch mit dem Anspruch der Vorklage oder mit den gegen sie vorgebrachten Verteidigungsmitteln in rechtlichem Zusammenhange steht. § 33, insbesondere wenn die Widerklage auf Feststellung eines streitigen präjudiziellen Rechtsverhältnisses gerichtet ist. § 280 Z. P. O. Ist dieser Zusammenhang zwischen dem Gegenstande der Vor- und Widerklage gegeben, so begründet er für die Widerklage außer dem in Absatz 2 des § 33 genannten Falle, die Zuständigkeit des Gerichts der Vorklage in solchen Fällen, in denen der Widerkläger sonst, d. h. wenn er seinen Anspruch gegen den Widerbeklagten in einem abgesonderten Verfahren geltend gemacht

hätte, vor einem anderen Gerichte, sei es vor einem Gerichte eines anderen Gerichtssprengels, sei es vor einem Gerichte höherer Ordnung zu klagen gezwungen gewesen wäre. Andererseits bildet das Erfordernis des Zusammenhanges eine, wenn auch nicht von Amtswegen zu berücksichtigende Prozeßvoraussetzung für die Zulässigkeit der Widerklage und zwar auch dann, wenn das Gericht der Klage ohnehin schon für den Widerklageanspruch zuständig gewesen wäre, wenn dieser in einer selbständigen Klage erhoben sein würde. Dieser letztere Satz ist in Literatur und Praxis lebhaft bekämpft worden. Das hat seinen Grund in der verschiedenartigen Auslegung, die dem § 33 Z. P. O. in Literatur und Praxis zuteil geworden ist.

Der § 33 Z. P. O. bestimmt:

„Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhang steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können."

Ein Teil der Schriftsteller und mit ihnen eine Reihe von höheren und höchsten Gerichten

Vergl. Loening a. a. O., S. 59 ff.; Stein, Komm. Anm. 1 zu § 33; Renaud in Z. Z. P., Bd. 5, S. 53 Anm. 57; Francke, Z. Z. P. Bd. 27, S. 135; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 108; derselbe in J. L.-Bl. Bd. 10, S. 136; ferner das O. L. G. Dresden in Sächs. Ann. Bd. 13, S. 246; O. L.

G. Marienwerder in R. O. L. G. Bd. 5, S. 72; O. L. G. Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 59 Nr. 41; E. R. G. Bd. 46, S. 424 ff.

haben die Ansicht vertreten, daß der § 33 nur den Gerichtsstand der Widerklage, nicht dagegen das Rechtsinstitut der Widerklage überhaupt habe regeln wollen und daß daher das vom § 33 aufgestellte Erfordernis des Zusammenhanges zwischen Klage- und Widerklageanspruch bezw. zwischen diesem und den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln nur eine Voraussetzung für den Gerichtsstand der Widerklage, nicht dagegen für die Zulässigkeit der Widerklage selbst sei. Als Gründe für diese Ansicht sind angeführt worden:

Der § 33 befinde sich im zweiten Titel des ersten, von den Gerichten handelnden Abschnitts der Z. P. O. Dieser zweite Titel führe die offizielle Überschrift „Gerichtsstand" und handle durchweg von der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte. Ergebe sich schon hieraus, daß der § 33 nur die örtliche Zuständigkeit des Gerichts der Klage für die Widerklage habe regeln wollen, so spreche hierfür weiterhin auch die Fassung dieser Bestimmung. Der § 33 Abs. 1 hätte, wenn er die Zulässigkeit der Widerklage hätte regeln wollen, ein „nur" enthalten müssen, das im Gesetze nun einmal nicht enthalten sei und nicht willkürlich hingetragen werden dürfe, so Stein, Anm. 1 zu § 33.

Ferner ergebe sich die Regelung der örtlichen Zuständigkeit aus dem Zusmmenhange des Abs. 1 und 2 des § 33 Z. P. O. Der Abs. 1 des § 33 beziehe sich nach dem Willen des Gesetzgebers nur auf solche Fälle, in

denen das Gericht der Klage für die Widerklage an sich gesetzlich unzuständig sei, weil der Absatz 2 stillschweigend ein unzuständiges Gericht voraussetze und als Ausnahmebestimmung von Absatz 1 dahin zu verstehen sei: Die Regel des Absatz 1 finde dann keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruches nicht nur, wie für die Regel selbst erforderlich, gesetzlich nicht begründet sei, sondern auch durch Vereinbarung nicht begründet werden könnte.

So Loening a. a. O., S. 61.

Dazu komme der Umstand, daß bei anderer Auslegung der Absatz 2 mit Absatz 1 des § 33 Z. P. O. unvereinbar sei. Denn regele der Absatz 1 das Institut der Widerklage überhaupt, so bestimme der Absatz 2, daß eine solche dann nicht erhoben werden dürfe, wenn der Gegenanspruch der prorogatio fori nicht unterworfen sei. Da diese nach § 40 Abs. 2 bei allen nicht vermögensrechtlichen sowie bei allen Ansprüchen, für welche ein ausschließlicher Gerichtsstand bestehe, begründet sei, so würde der Absatz 2 des § 33 nach der vorerwähnten Auslegung die Zulässigkeit der Widerklage auch für alle die Fälle verneinen, in denen sie auf Grund der §§ 614 ff., 618, 627, 633, 638, 640 f. ausdrücklich ausgesprochen worden sei. Einen derartigen Widerspruch aber habe das Gesetz unter keinen Umständen statuieren wollen.

So Loening, a. a. O., S. 65; Stein, Anm. 1 zu § 33; E. R. G. Bd. 46, S. 424.

Daß der § 33 Z. P. O. die Zulässigkeit der Widerklage nicht von den in Absatz 1 statuierten Voraus-

setzungen abhängig mache, ergebe sich auch daraus, daß das Gesetz sonst den Beklagten ohne inneren Grund schlechter stelle als den Kläger, da dieser ja auch die gleichzeitige Verhandlung von nicht zusammenhängenden Ansprüchen nach § 260 ohne weiteres herbeiführen könne.

So Stein, Anm. 1 zu § 33 a. E.; Eccius in Gruch. Bd. 39, S. 373.

Des weiteren spreche auch die Vorschrift des § 145 Abs. 2 klar dafür, daß der Gesetzgeber die Widerklage auch ohne die Voraussetzungen des § 33 Z. P. O. der Regel nach für zulässig erkläre.

So Francke in Z. Z. P. Bd. 27, S. 135.

Endlich sei auch mit dieser Ansicht die Entstehungsgeschichte des § 33 Z. P. O. sehr wohl vereinbar. Die Motive sprächen bald von der Zuständigkeit, bald von der Zulässigkeit der Widerklage, ohne hierbei die Verschiedenheit der hierbei konkurrierenden Gesichtspunkte anzudeuten.

So Stein, Anm. 1 zu § 33.

Alle diese Gründe erweisen sich jedoch bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig. Zunächst kann dem äußeren Grunde, daß der § 33 sich in dem von den Gerichtsständen handelnden Titel enthalten sei, eine entscheidende Bedeutung überhaupt nicht beigemessen werden. Denn es erscheint durchaus nicht unangemessen, daß der Gesetzgeber die allgemeinen Voraussetzungen der Widerklage gelegentlich der Regelung des Gerichtsstandes der Widerklage feststellt, wenn nur der innere Zusammenhang mit anderen Rechtssätzen es erheischt.

Auch der § 14 Abs. 1 der Hann. P. O., welcher bestimmte: „Das Prozeßgericht der Klage wird für eine Widerklage, selbst wenn diese mit jener in keiner Verbindung steht, unter der Voraussetzung zuständig, daß ihm die erforderliche Gattung der Gerichtsbarkeit zusteht, die Widerklage zugleich mit der Klagbeantwortung erhoben und im obengerichtlichen Verfahren die die Widerklage bezielenden Anträge dem Kläger in Gemäßheit der Vorschrift des § 191 (mindestens eine Woche vor dem festgesetzten Gerichtstage) mitgeteilt wurden.

Gleichzeitige Verhandlung der Klage und Widerklage ist unter Vorbehalt der Vorschrift des § 112 (Verweisung zum abgesonderten Verfahren) nur zulässig, wenn die letztere zu derselben Prozeßart, in welcher geklagt worden ist, sich eignet", befand sich in dem die offizielle Überschrift „Gerichtsstände" führenden Titel, obwohl er unzweifelhaft die Voraussetzungen der Widerklage schlechthin regeln wollte. Auch finden sich sonst in der Z. P. O. zahlreiche Gerichtsstandsnormen zerstreut, z. B. in den §§ 64, 603, 771, die im Grunde genommen auch im 1. Buch Titel 2 der Z. P. O. ihren Platz hätten finden müssen. Wenn also der Gesetzgeber in diesen Fällen aus Gründen, die hier nicht weiter interessieren, nicht konsequent in der Anordnung verfahren ist, so läßt sich andererseits aus der Stellung der Vorschrift des § 33 unter den Gerichtsstandsvorschriften kein zwingender Grund dafür herleiten, daß diese Vorschrift l e d i g l i c h den Gerichtsstand der Widerklage habe regeln wollen.

Auch der Wortlaut des § 33 Z. P. O. rechtfertigt

die ihm zuteil gewordene, einschränkende Auslegung in keiner Weise. Seine Fassung ist so allgemein gehalten, daß er nur als allgemeine Gesetzesregel aufgefaßt werden kann. Nach Absatz 1 ist dem Beklagten die Erhebung einer Widerklage beim Gericht der Klage nur gestattet, wenn die Widerklage mit der Klage oder mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhange steht. Der Absatz 2 schränkt die Anwendbarkeit der Regel des Absatz 1 ein, und zwar soll sie nicht gelten in Fällen, in denen dem Gericht der Klage die Kompetenz zur Entscheidung über die Widerklage absolut fehlt, also dann, wenn das Gericht der Klage nicht die erforderliche Gattung der Gerichtsbarkeit besitzt oder wenn für die Entscheidung ein anderes Gericht als das der Klage ausschließlich zuständig ist. Der Absatz 2 des § 33 Z. P. O. behandelt den Fall, daß vor einem an sich unzuständigen Gerichte Widerklage erhoben wird, während der Absatz 1 keine Unterscheidung darüber enthält, ob das Gericht der Klage für die als selbständige Klage erhobene Widerklage an sich zuständig ist oder nicht. Indem nun der Absatz 2 eine Ausnahme von der im Absatz 1 statuierten Regel aufstellt, deutet er an, daß der Absatz 1 auch für den Fall gelten soll, daß die Widerklage vor einem an sich unzuständigen Gerichte erhoben wird. Der Absatz 1 will sonach einmal die Zulässigkeit der Widerklage schlechthin regeln. Sie soll nur statthaft sein, wenn ihr Gegenstand mit dem Gegenstande der Vorklage oder mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhange steht. Andererseits aber enthält

der Absatz 1 des § 33 auch eine Gerichtsstandsvorschrift, regelt das forum reconventionis für solche Fälle, in denen das Gericht der Vorklage für die Widerklage nicht zuständig sein würde, wenn sie als selbständige Klage erhoben worden wäre. Daraus erklärt sich denn auch die Stellung des § 33 in den Gerichtsstandsvorschriften ohne weiteres. Sie erklärt sich aber auch daraus, daß die Z. P. O. den § 33 im Anschlusse an den Hann. Entwurf und die drei deutschen Entwürfe vom Jahre 1871, 1872 und 1874, die gelegentlich des Gerichtsstandes der Widerklage auch die Zulässigkeit derselben regelten, vergl. Protokoll der Hannoverschen Kommission Bd. 2, S. 505 ff., unter den Gerichtsstandsvorschriften belassen hat, während noch der Nordd. Entwurf Gerichtsstand und Zulässigkeit der Widerklage getrennt regelte. Vergl. Nordd. Entw. §§ 65, 206, 208.

Auch das „Hauptbedenken", welches der 6. Zivilsenat des Reichsgerichts in E. R. G. Bd. 46, S. 424 im Anschlusse an L o e n i n g , a. a. O., S. 60—64 gegen die hier vertretene Anschauung hervorhebt, daß nach dieser „folgerichtigerweise gemäß Absatz 2 § 33 in allen unter § 40 Abs. 2 zu begreifenden Fällen, also insbesondere in Ehesachen überhaupt nie eine Widerklage stattfinden dürfe, während doch im § 614 Abs. 2, 615 Abs. 2, 616, 618 Abs. 6, 627 Abs. 2 und 633 Abs. 2 für Ehesachen die Zulässigkeit einer Widerklage als selbstverständlich vorausgesetzt wird", erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig. Wie wir bereits sahen, regelt der Absatz 1 des § 33 nicht nur die Zulässigkeit der Widerklage, sondern enthält außerdem

eine Gerichtsstandsnorm für die Fälle, in denen das Gericht für die als selbständige Klage erhobene Widerklage an sich nicht zuständig wäre. Von dieser Gerichtsstandsnorm statuiert aber der Absatz 2 die schon oben erwähnte Ausnahme. Der Sinn des § 33 ist folgender:

Eine Widerklage kann, sofern nur der erforderliche Zusammenhang zwischen Klage- und Widerklageanspruch vorhanden ist, bei dem Gerichte der Klage erhoben werden, ohne Rücksicht darauf, ob das Gericht der Klage nach den Gerichtsstandsnormen für den Widerklageanspruch zuständig ist oder nicht. Im letzteren Falle ist die Widerklage jedoch nur dann zulässig, wenn die Parteien die Zuständigkeit des Gerichts durch Vereinbarung würden begründen können. Das Reichsgericht übersieht in seiner Begründung, daß der Absatz 2 des § 33 nicht an solche Fälle denkt, in denen die Zuständigkeit des Gerichts der Klage für den Widerklageanspruch nicht begründet werden kann (das würde allerdings auf Ehesachen zutreffen), sondern nur für solche Fälle eine Ausnahme statuieren will, in denen die Zuständigkeit des Gerichts auch durch Vereinbarung nicht begründet werden könnte. Der Absatz 2 setzt voraus, daß das Gericht der Klage weder nach den allgemeinen noch nach den speziellen Gerichtsstandsnormen Zuständigkeit für den Widerklageanspruch besitzt. Denn nur bezüglich eines „an sich unzuständigen Gerichts“ (§ 38) läßt sich die Frage rechtfertigen, ob seine Zuständigkeit durch Vereinbarung würde begründet werden können oder nicht. Vergl. Kleinfeller, a. a. O., S. 42 fg. Wir sehen

also, daß auch der Wortlaut des § 33 der hier vertretenen Ansicht nicht entgegensteht.

Es ist weiter auch nicht richtig, daß das Gesetz bei Zugrundelegung der hier befürworteten Anschauung den Beklagten ohne inneren Grund schlechter als den Kläger stelle, da dieser gemäß § 260 Z. P. O. auch nicht zusammenhängende Ansprüche zur gleichzeitigen Verhandlung bringen könne, während der Beklagte hierzu durch die Vorschrift des § 33 verhindert sei. Dem ist entgegenzuhalten, daß der § 260 Z. P. O. doch nur die Verbindung verschiedener Ansprüche in der Klagschrift für zulässig erklärt, und daß der Beklagte innerhalb des durch die Klage gesteckten Rahmens befugt ist, gegen jeden der verschiedenen Ansprüche einen Gegenanspruch geltend zu machen, sofern dieser nur den Erfordernissen des § 33 Abs. 1 entspricht. Wenn auch der Beklagte auf solche Ansprüche beschränkt ist, die mit dem Klaganspruch oder den Verteidigungsmitteln gegen ihn konnex sind, und hierdurch nicht die volle Freiheit in der Geltendmachung von neuen Ansprüchen wie der Kläger hat, so wird doch dieses Manko dadurch wieder ausgeglichen, daß dem Beklagten der Gerichtsstand der Widerklage zur Seite steht, und daß er die Widerklage nicht, wie der Kläger die Klagenkumulation zeitlich beschränkt, sondern bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung zu erheben befugt ist. Würde der § 33 Z. P. O. dem Beklagten gestatten, eine Widerklage zeitlich und materiell unbeschränkt zu erheben, sofern für sie nur das Gericht der Klage an sich zuständig wäre, so würde er „ohne inneren Grund“

das Prinzip der Gleichberechtigung der Parteien verletzen, indem er den Beklagten vor dem Kläger insofern bevorzugte, als dieser hinsichtlich der Zeit der Geltendmachung der nicht zusammenhängenden Ansprüche gegenüber dem Beklagten ungerechtfertigter Weise beschränkt würde. Es kommt hinzu, daß das Gesetz dem Kläger die gleichzeitige Verhandlung mehrerer von ihm in einer Klage erhobenen Ansprüche durchaus nicht gewährleistet, sondern dem Ermessen des Gerichts überläßt. Vergl. § 145 Abs. 1.

Ebensowenig wie aus § 260 Z. P. O. vermag auch die Gegenmeinung ein Argument gegen die hier vertretene Ansicht aus § 145 Abs. 2 für sich herzuleiten. Der § 145 lautet:

„Das Gericht kann anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Widerklage erhoben hat und der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche nicht in rechtlichem Zusammenhange steht."

Zwar setzt der Absatz 2 des § 145 voraus, daß eine Widerklage auch dann zulässig ist, wenn sie mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche nicht konnex ist, aber das widerstreitet der hier vertretenen Anschauung durchaus nicht. Denn es genügt für die Zulässigkeit der Widerklage, wenn sie nur mit den gegen den Klaganspruch vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhang steht.

Bietet also auch dieses Argument der Gegenmeinung keinerlei Anhaltspunkte, so kann sie noch weniger die Entstehungsgeschichte des § 33 zur Grundlage ihrer Deduktionen machen. Im Gegenteil wird durch die Motive und durch die Verhandlungen der Reichstagskommission die hier vertretene Ansicht mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit bestätigt. Die Motive S. 62 (Hahn 158) besagen zu § 33 Z. P. O. wörtlich folgendes:

„Die unbedingte Zulässigkeit der Erhebung einer Widerklage im Gerichtsstande der Klage mußte in früherer Zeit mit Rücksicht auf die größeren Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung und der Hemmnisse, welche der Gewährung der Rechtshilfe entgegenstanden, für Deutschland gerechtfertigt sein. Gegenwärtig sind diese Momente bei der eingetretenen völligen Umgestaltung der Verhältnisse nicht mehr von Bedeutung. Bei einem Verfahren, welches auf dem Grundsatze der Mündlichkeit beruht, ist es außerdem nicht angemessen, die Geltendmachung verschiedener, nicht zusammenhängender Ansprüche im Wege der Klage und der Widerklage zu begünstigen, indem eine solche Verbindung nur zu leicht eine bedenkliche Verwirrung herbeiführen kann. Es erscheint daher gerechtfertigt, daß der Entwurf die Zulässigkeit der Widerklage von der Konnexität derselben mit der Klage abhängig macht. Andererseits konnte aber der Entwurf, ... die Widerklage nicht auf diesen Fall beschränken, er mußte dieselbe vielmehr . . . . . auch gestatten, wenn die Widerklage auf einen Gegen-

anspruch gegründet wird, welcher auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann."

Als der § 33 in der Sitzung der Reichstagskommission vom 27. April 1875 zur Beratung gebracht wurde, stellte der Abgeordnete Reichensperger, vergl. Protokolle der Kommission I. Lesung bei Hahn, S. 534, zu § 33 folgenden Abänderungsantrag:

„Bei dem Gerichte der Klage können alle Widerklagen erhoben werden, sofern nicht die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruches auch durch Vereinbarung nicht begründet werden kann.

Das Gericht kann über die Klage getrennt entscheiden, wenn nicht der Gegenanspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann oder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche in rechtlichem Zusammenhange steht."

Nachdem der Direktor des Reichsjustizamts, von Amsberg, das Prinzip des Reichenspergerschen Antrages für bedenklich erklärt hatte, da dasselbe im mündlichen Verfahren zur Verwirrung der Prozesse führen könne, auch ein Mißbrauch in der Art denkbar sei, daß der Verklagte zum Zwecke der Widerklage Forderungen Dritter als Zessionar übernehme, um seinen Gläubiger zu chikanieren, wurde der Absatz 1 des Reichenspergerschen Antrages — der Absatz 2 war bereits im Laufe der Debatte zurückgezogen worden — von der Kommission abgelehnt.

Bei der zweiten Lesung machte der Abgeordnete Haarmann in der Sitzung der Reichstagskom-

mission nochmals den Versuch, das Prinzip der unbeschränkten Zulässigkeit der Widerklage im § 33 zur Geltung zu bringen, indem er den Antrag stellte: im Absatz 1 des § 33 die Worte: „Wenn der Gegenanspruch usw. bis Zusammenhang steht" zu streichen. Doch auch dieser Antrag wurde vom Direktor von Amsberg unter Bezugnahme auf die Debatte der ersten Lesung bekämpft und von der Kommission abgelehnt. § 33 gilt als genehmigt."

So der Kommissionsbericht in den Protokollen der Reichstagskommission, S. 508.

Danach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Gesetzgeber im § 33 Z. P. O. nur solche Widerklagen hat zulassen wollen, die mit dem Klaganspruche oder den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhange stehen, gleichviel ob das Gericht der Klage an sich schon zur Aburteilung der Widerklage kompetent ist oder nicht. Nicht nur der Gerichtsstand der Widerklage, sondern auch die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage hat der Gesetzgeber im § 33 in klar erkennbarer Weise sanktionieren wollen. Und dieser Wille ist, da keinerlei triftige Gründe dagegen sprechen, auch von der Wissenschaft zu respektieren.

Übrigens spricht zugunsten der hier vertretenen Ansicht auch der Umstand, daß es sonst an einem triftigen Grunde dafür fehlen würde, die Widerklage auf konnexe Gegenforderungen nur in solchen Fällen zu beschränken, in denen das Gericht nicht schon an sich für den Widerklageanspruch zuständig ist. Eine derartige Auffassung würde vielmehr die praktische

Bedeutung des Instituts der Widerklage völlig verkennen. Das forum reconventionis soll nur vorzugsweise dann eingreifen, wenn der Beklagte ohnedem seinen Gegenanspruch vor einem anderen Gerichte als dem der Klage geltend zu machen gezwungen wäre.

Vergl. Schmidt in Z. Z. P. Bd. 4, S. 375 ff.

Zu beachten ist auch noch folgender Umstand. Während die normale Art der schriftlichen Klagerhebung dem Angegriffenen einen hinreichenden Spielraum für die Vorbereitung der Verteidigung gewährt, ist dies bei der Erhebung der Widerklage keineswegs der Fall. Der Kläger muß es sich einfach gefallen lassen, daß gegen ihn durch mündlichen Vortrag eine Widerklage erhoben wird. Das kann ihm aber das Gesetz nur zumuten, wenn der Gegenstand der Widerklage mit dem Material des Vorprozesses, das der Widerbeklagte bereits genauer kennt bezw. kennen muß, im Zusammenhange steht.

Vergl. Hellwig, Lehrb. 3, S. 55 ff.

Daß der § 33 Z. P. O. für alle Widerklagen die Vorbedingungen hat regeln wollen, ergibt sich endlich auch daraus, daß auch die sonstigen besonderen Vorschriften, in denen die Z. P. O. des Instituts der Widerklage Erwähnung tut, keinerlei Vorschriften über die Zulässigkeit der Widerklage aufstellen, vergl. besonders § 278 Z. P. O., und daß auch das Gericht die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung gemäß § 147 Z. P. O. nur dann anordnen kann, wenn die Ansprüche, die den Gegenstand dieser Pro-

zesse bilden, mit einander in rechtlichem Zusammenhange stehen.

Vergl. Schmidt, Lehrb., S. 836 ff.

Es ist daher nicht zu verwundern, daß die hier vertretene Ansicht in Literatur und Praxis vorherrscht. Sie wird geteilt von:

Kleinfeller a. a. O., S. 43 ff.; Lehrbuch, S. 297; Wach, Handbuch S. 281, Oertmann a. a. O., S. 63; Schmidt, S. 836 ff.; Hellmann, S. 44; Schmidt in Z. Z. P. Bd. 4, S. 375; Lippmann in Arch. f. ziv. Praxis Bd. 65, S. 416; Eccius in Gruch. 39, S. 473; Meyer, Z. f. Z. P. Bd. 8, S. 453; Seuffert, Anm. 2e zu § 33, Struckmann-Koch zu § 33; Wilmoswki-Levy zu § 33; Petersen zu § 33; Skonietzki-Gelpcke, Anm. 5b zu § 33; Weismann, S. 481, Anm. 13; Hellwig, Lehrb. 3, S. 56; Heinsheimer in Z. Z. P. Bd. 38, S. 2 ff.; O. L. G. Celle in Z. Z. P. Bd. 4, S. 380 und Seuff. Arch. Bd. 37 Nr. 337; O. L. G. Braunschweig in Seuff. Arch. Bd. 38, Nr. 338; O. L. G. Hamburg, R. O. L. G., Bd. 1, S. 178 und O. L. G. Dresden in R. O. L. G., Bd. 5, S. 19; E. R. G. Bd. 11, S. 423, Bd. 23, S. 397; Seuff. Arch. Bd. 52, Nr. 261.

§ 7.

Art des im § 33 erforderten Zusammenhangs.

Nachdem wir im vorigen Kapitel die Tragweite des § 33 Z. P. O. im allgemeinen erörtert und dabei festgestellt hatten, daß zwischen dem Gegenstande der Widerklage und dem Gegenstande des anhängigen Rechtsstreits stets ein bestimmter Zusammenhang vorhanden sein müsse, gehen wir nunmehr zur Erörterung der Frage über, wann das Gesetz einen derartigen Zusammenhang als gegeben ansieht. Das Gesetz läßt die

Widerklage nur zu, wenn der Gegenanspruch entweder mit „dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhange steht". Während das Gesetz an anderen Stellen §§ 145, 147, 302 Z. P. O. von „rechtlichem Zusammenhang" spricht und noch der Entwurf bestimmte: „Bei dem Gericht der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann oder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche in rechtlichem Zusammenhange steht", ist die jetzige Gesetzesfassung auf den Beschluß der Reichstagskommission vom 27. April 1875, Protokoll der J. K. d. D. R. I. Les., S. 12, zurückzuführen. Der Abgeordnete Dr. Bähr hatte beantragt, dem § 33 Abs. 1 des Entwurfs die folgende Fassung zu geben: „Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder der dagegen vorgebrachten Verteidigung in Zusammenhang steht", mit der Begründung, daß „sein Antrag dem Sinne des Regierungsentwurfs entspreche und nur dessen Klagstellung bewirke", und dieser Antrag wurde dann von der Justizkommission angenommen. Diese Fassung ist im Gesetz selbst redaktionell dahin geändert worden, daß statt der hinter dem Worte „oder" folgenden Worte gesagt ist: „Mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhange steht." Als man später, am 30. April 1875, zur Beratung des § 130 des Entwurfs, nunmehrigen § 145 Z. P. O., überging, wurde

auch hier das Wort „rechtlich“ vor Zusammenhang auf Antrag des Abgeordneten Dr. Bähr gestrichen. Vergl. Prot. J. K. R., S. 55. In der nächsten Sitzung vom 1. Mai 1875 beantragte der Abgeordnete Dr. Schwarze nach Verlesung der Protokolle der beiden letzten Sitzungen namens der Redaktionskommission, den am 30. April gefaßten Beschluß, in dem § 130 das Wort „rechtlich“ zu streichen, wieder zurückzunehmen. In den Protokollen S. 61 heißt es wörtlich weiter: „Redner bemerkt, daß jener Beschluß lediglich mit Rücksicht darauf gefaßt worden, daß im § 33 das Wort „rechtlich“ gestrichen worden sei; die Redaktionskommission habe sich jedoch überzeugt, daß diese Konsequenz nicht richtig sei, daß vielmehr im § 130, ebenso wie im § 13 (jetzigen § 147 Z. P. O.) das Wort „rechtlich“ stehen bleiben müsse. Die Kommission beschließt ohne Debatte, dem Antrage der Redaktionskommission stattzugeben.“ Danach ging die Redaktionskommission und mit ihr die Justizkommission des Reichstages davon aus, daß zwischen rechtlichem und einfachem Zusammenhange ein Unterschied bestehe. Worin aber dieser bestehe, ist von keiner Seite angedeutet worden. Auch das Gesetz schweigt sich hierüber völlig aus. Es fragt sich, ob durch die Beschlüsse der Reichstagskommission eine sachliche Änderung der Bestimmung des § 33 des Entwurfs hat vorgenommen werden sollen oder nicht. Die Meinungen hierüber gehen sehr auseinander. Die eine Ansicht, die von

Loening a. a. O., S. 93 ff.; Hellwig, Lehrb. 2, S. 264; Schmidt, Lehrb., S. 836 ff.; Wach, Handb. I, S. 480;

Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 33; Seuffert, N. 3e zu § 33; Petersen, N. 29 zu § 33; Stein, N. IV zu § 33; E. R. G. Bd. 11, S. 423, Bd. 23, S. 379; Gruch. Beitr. Bd. 42, S. 1185; J. W. 1897, S. 228, Nr. 3, 1899, S. 768, 1900, S. 389; R. O. L. G. Bd. 5, S. 19, Bd. 19, S. 59

vertreten wird, geht dahin, daß der „Zusammenhang", welcher nach § 33 zwischen dem Widerklageanspruch und dem Klaganspruch oder den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln bestehen muß, ein „rechtlicher" sein müsse, während nach der anderen Ansicht, die von Struckmann-Koch, Nr. 2 zu § 33, Kleinfeller, Gerichtsstand, S. 50 f., Lehrb., S. 108 ff. geteilt wird, auch nur ein tatsächlicher Zusammenhang genüge. Eine Mittelmeinung vertritt Heinsheimer in Z. Z. P. Bd. 38, S. 25 ff. Unter den Anhängern der ersteren Ansicht herrscht wiederum Streit über die Frage, wie denn eigentlich der „rechtliche Zusammenhang" näher zu charakterisieren sei. Wach, Handbuch I, S. 480 und Gaupp-Stein, Anm. IV zu § 33 führen die von ihnen vertretene herrschende Ansicht, daß der Zusammenhang im Sinne des § 33 Z. P. O. ein rechtlich erheblicher sein müsse, als Grund an, daß der Zusammenhang, wenn er schon in der zufälligen Identität der beteiligten Subjekte gegeben sei, schlechterdings jedwede Widerklage im Sinne von § 33 Abs. 1 legitimieren würde." Allein dieser Schluß geht von einer unrichtigen Voraussetzung aus. Wach und seine Anhänger übersehen, daß die Widerklage nur dann zulässig ist, wenn sie von dem Beklagten des Vorprozesses gegen den Kläger erhoben wird. Wenn außerdem der § 33

noch einen Zusammenhang des Klag- und Widerklaganspruches erfordert, so braucht dieser Zusammenhang nicht schon dann gegeben zu sein, wenn die Träger der beiderseitigen Ansprüche die Parteien des Vorprozesses sind.

Das Reichsgericht E. R. G. Bd. 11, S. 423, führt als sachlichen Grund für die von ihm gebilligte herrschende Lehre an, daß „unter dem sogenannten tatsächlichen Zusammenhang sich nicht klares und scharfes denken lasse, ein vernünftiger Grund, eine Widerklage zuzulassen wegen bloßer Übereinstimmung faktischer Momente, welche dem Klaganspruch oder einem vorgebrachten Verteidigungsmittel zugrunde liegen, aber für ein rechtliches Verhältnis der betreffenden Rechtsbehelfe nicht relivieren, nicht erfindlich sei". Darüber aber, wie ein derartiges rechtliches Verhältnis beschaffen sein müsse, bleibt uns das Reichsgericht die Antwort schuldig, wie überhaupt die herrschende Lehre das Wesen des „rechtlichen Zusammenhangs" nicht klar und scharf herausgearbeitet hat, vielmehr sich mehr oder weniger damit begnügt hat, den Begriff des „rechtlichen Zusammenhangs" an einer Reihe von Einzelfällen zu erläutern. Darauf basieren z. B. die Ausführungen Hellwigs a. a. O., und zum Teil auch diejenigen Wachs und Loenings. Zu einer rein kasuistischen Aufzählung greifen endlich auch die Kommentare, z. B. Seuffert Anm. 3 e zu § 33.

Um zu einfachen und brauchbaren Ergebnissen zu gelangen, wird es zuvörderst sich mit Heinsheimer, Klage und Widerklage Z. Z. P. Bd. 38,

S. 28 ff. empfehlen, den § 33 Z. P. O. aus sich heraus zu entwickeln: Der Widerklaganspruch soll mit dem Klaganspruch oder mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhang stehen. Widerklage- und Klaganspruch, also zwei Ansprüche sollen nach der ersten Alternative miteinander in Zusammenhang stehen. Die Frage nun, inwieweit prozessualisch von einem Zusammenhange zweier Ansprüche gesprochen werden kann, läßt sich nur dann beantworten, wenn man auf das Wesen des Klaganspruches zurückgeht. Dabei ist als selbstverständlich zu unterstellen, daß der im § 33 erwähnte „in der Klage geltendgemachte Anspruch" des § 33, mit dem mit der Klage erhobenen Anspruche des § 253 Z. 1 ff. 2 identisch ist, und daß andererseits der Gegenanspruch des § 33 Z. P. O. alle Begriffsmerkmale des Klaganspruches aufweist. Das Wesen des Anspruchs im prozessualen Sinne, der zwecks Aburteilung aufgestellten Rechtsbehauptung,

Vergl. Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 75; Hellwig, Lehrb. I, S. 150

oder „dasjenige, was der Kläger begehrt",

so Weismann, Lehrb. I, S. 62,

wird, wie die Vorschriften über die Klagänderung und die Vorschrift des § 253 Z. 1 ff, 2 Z. P. O. ergeben, an seinem Grunde und an seinem Gegenstande erkannt und danach bestimmt. Den Klaggrund bilden nicht bloß allgemeinere Angaben über das Rechtsverhältnis, aus dem der Klaganspruch hergeleitet wird, sondern die Summe derjenigen Tatsachen, die nach Ansicht des Klägers zur Fällung des Urteils ausreichend sind. Wenn das Reichsgericht in

E. R. G. Bd. 10, S. 434; 48, S. 372; J. W. 1896, S. 31 Nr. 8, 1901, S. 483 Nr. 4, S. 750, S. 838 Nr. 11, 1902, S. 165 Nr. 12, 1912, S. 43 Nr. 41, S. 384 Nr. 3, S. 873 Nr. 36

und Stein in seinem Kommentar unter III 3 zu § 253 als Klaggrund „die Summe der Tatsachen ansehen, die rechtlich geeignet und erforderlich sind, den Schluß auf die Begründetheit des Klagantrages zu rechtfertigen", so beruht dies auf einer Verkennung des prozessualen Anspruchs. Irriger Weise wird dieser mit dem materiell rechtlichem Anspruche verquickt. Eine Klage ist um deswillen, weil sie tatsächlich unbegründet ist, durchaus nicht prozessual unwirksam. Ebenso gut wie jede andere Klage hat sie ihren Klaggrund im Sinne des § 253 Ziff. 2. Ihm steht nur das materielle Recht entgegen.

Der Gegenstand des Klaganspruches ist das Ziel, das der Kläger mit Hilfe des begehrten Urteils zu erreichen bestrebt ist.

Klaggrund und Klagegegenstand sind die Elemente des Klaganspruches im prozessualen Sinne. Soll ein Zusammenhang zwischen Klag- und Widerklaganspruch bestehen, so ist er nur denkbar, wenn beide Ansprüche hinsichtlich eines der vorerwähnten Elemente ganz oder teilweise mit einander übereinstimmen, beide Ansprüche also entweder auf dieselbe rechtliche Grundlage zurückzuführen sind oder auf denselben Erfolg gerichtet sind. Dies letztere ist auch dann der Fall, wenn Klaganspruch und Widerklaganspruch sich negativ bedingen, einander ausschließen, wenn beispielsweise der Besitzer gegenüber der rei vindicatio Widerklage auf Feststellung seines Eigentums erhebt, wenn der Beklagte gegenüber

der Scheidungsklage Abweisung derselben und seinerseits Widerklage auf Scheidung erhebt.

Zusammenhang der beiderseitigen Klaggründe liegt dann vor, wenn der den Widerklagegrund bildende Komplex von Tatsachen, Vorgängen, Handlungen usw. mit dem den Klaggrund bildenden Tatsachenkomplex ganz oder teilweise übereinstimmt, namentlich wenn Kläger und Widerkläger ihren Anspruch auf den gleichen historischen Vorgang stützen.

So Heinsheimer a. a. O., S. 33 f.

Das entspricht der ratio legis. Der Gesetzgeber hat dadurch, daß er die Zulässigkeit der Widerklage von dem Erfordernisse der Konnexität abhängig machte, „die Vervielfältigung und Zersplitterung der Prozesse" verhüten, die Verhandlung und Entscheidung über den dem Gerichte vorgelegten Prozeßstoff möglichst ausgenutzt wissen wollen.

Vergl. die Motive zu § 33 (Hahn, Mat. 2, S. 158).

Allerdings dürfen die Tatsachen, welche den Klaggrund der beiden Ansprüche bilden, nicht nur hinsichtlich eines nebensächlichen oder gleichgültigen Momentes übereinstimmen. Vielmehr muß das beiden Ansprüchen gemeinsame tatsächliche Moment wesentlich, d. h. rechtlich von Bedeutung sein; z. B. der Kläger behauptet, er habe dem Beklagten an einem bestimmten Tage eine bestimmte Sache geliehen und klagt auf Herausgabe der Sache. Der Beklagte beantragt Abweisung der Klage mit der Begründung, daß ihm die im Streit befangene Sache zwecks Sicherung einer Darlehnsforderung verpfändet sei und erhebt Widerklage auf Rückzahlung

des im Laufe des Rechtstreits fällig gewordenen Darlehns. Der Klage und der Widerklage liegt hier derselbe Vorgang, nämlich die Hingabe der Sache, zugrunde. Aber die beiden Behauptungen stehen sich völlig unvereinbar gegenüber. Gleichwohl ist zwischen Klage und Widerklage der vom § 33 geforderte Zusammenhang als gegeben anzunehmen. Denn der tatsächliche Vorgang, die Hingabe der Sache, ist in gleicher Weise bedeutungsvoll für das Vorbringen des Klägers wie für das Vorbringen des Beklagten. Die Widerklage würde nur dann nicht als zulässig zu erachten sein, wenn die den beiderseitigen Behauptungen zugrunde liegenden tatsächlichen Vorgänge nicht mit einander identisch sind, insbesondere wenn der Beklagte die Klagebehauptungen gänzlich ableugnet. Dabei ist aber festzuhalten, daß der hier geschilderte Zusammenhang nicht rein tatsächlicher Natur ist, daß er aber auch nicht mit dem „rechtlichen Zusammenhange" der herrschenden Lehre identisch ist, sondern diesen erweitert.

Während Loening, Hellwig und Wach einen rechtlichen Zusammenhang zwischen dem Gegenstande der Klage und Widerklage nur dann annehmen, wenn die materiellen Rechtsbehauptungen der Klage und Widerklage entweder identisch sind oder aus demselben Rechtsverhältnisse entspringen oder sich auf dasselbe Rechtsverhältnis beziehen oder sich gegenseitig bedingen, ist nach der hier vertretenen Ansicht der vom § 33 geforderte Zusammenhang schon dann vorhanden, wenn die den Klaggrund beider Ansprüche bildenden Tatsachen in wesentlichen Punkten, d. h. in solchen

Punkten, die für den Klaggrund von entscheidender Bedeutung sind, mit einander übereinstimmen.

Eine nicht unwillkommene Konsequenz der hier vertretenen Ansicht ist die, daß sie auch dem richterlichen Trennungsrechte gemäß § 145 Abs. 2 weit gerechter als die herrschende Lehre wird. Während diese jede zulässige Widerklage für inseparabel erachtet, soweit sie nicht mit einem gegen die Klage vorgebrachten Verteidigungsmittel im Zusammenhange steht, läßt die hier vertretene Anschauung, da sie Widerklagen allemal dann zuläßt, wenn ihr Gegenstand mit dem der Klage identisch ist oder wenn sie auf Tatsachen gegründet ist, die sämtlich oder teilweise für den Klaggrund von erheblicher Bedeutung sind, dem richterlichen Trennungsrecht den ihm gebührenden Spielraum. Das wird allemal dann der Fall sein, wenn sich Klag- und Widerklageanspruch nicht auf das gleiche Rechtsverhältnis zurückführen lassen.

Vergl. E. R. G. in J. W. 1893, S. 14; Hahn, Materialien 2, S. 216.

Eine Verweisung der Widerklage zum abgesonderten Verfahren würde beispielsweise in dem Falle möglich sein, wenn der Beklagte gegenüber der rei vindicatio Abweisung der Klage und widerklagend die Feststellung seines Eigentums beantragt, ein Fall, in dem beide Klagansprüche zwar hinsichtlich ihres Gegenstandes übereinstimmen, in dem aber jede der beiden Klagen sich auf sehr verschiedenartige Tatsachen gründen kann.

Auf den vom § 33 Z. P. O. geforderten Zusammenhang von Widerklage und Verteidigungsmittel kommt

es, wie Wach I, S. 483 richtig bemerkt, nur dann an, wenn nicht schon ein Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage gegeben ist. Das trifft namentlich dann zu, wenn der Beklagte sich damit verteidigt, daß die vom Kläger vorgebrachten Behauptungen unrichtig oder nicht schlüssig sind. In Fällen dieser Art hängt der verteidigungsweise geltend gemachte Gegenanspruch mit dem Klaganspruche eng zusammen. Um erkennen zu können, wann der vom § 33 Z. P. O. geforderte Zusammenhang zwischen Widerklage und Verteidigungsmittel vorhanden ist, bedarf es einer Erörterung des in dieser Bestimmung erwähnten Begriffes: Verteidigungsmittel. Der Entwurf hatte in § 33 verlangt, daß der Gegenanspruch „auch als Einrede geltend gemacht werden könne". Auf Grund des schon oben erwähnten Antrages Bähr wurde im wesentlichen die jetzige Fassung des § 33 Z. P. O. von der Justizkommission beschlossen. Es sollte hierdurch eine Klarstellung des Entwurfes bewirkt werden. Tatsächlich aber ist das Gegenteil des Gewollten eingetreten. Während der Entwurf Identität zwischen Gegenanspruch und einem als Einrede zu verwendbaren Anspruche forderte, verlangt das Gesetz in seiner nunmehrigen Fassung nur Zusammenhang zwischen Gegenanspruch und Verteidigungsmittel. Der Gegenanspruch braucht jetzt nicht mehr wie im Entwurf eine Einrede darzustellen, sondern kann mit einem beliebigen Verteidigungsmittel zusammenhängen. Während ferner der Entwurf verlangte, daß der Gegenanspruch die Fähigkeit aufwies, als Einrede verwendet zu werden,

also Identität des Gegenanspruchs mit materiell rechtlich zulässigen Verteidigungsmitteln forderte, setzt der jetzige § 33 Z. P. O. nur voraus, daß ein Verteidigungsmittel tatsächlich vorgebracht worden ist.

Vergl. Loening a. a. O., S. 94 ff.

Dabei versteht sich von selbst, daß das Verteidigungsmittel zunächst prozessual zulässig sein muß, daß es also nicht bereits präkludiert oder als verspätet zurückgewiesen ist. Weiter aber ergibt sich aus der Verschiedenartigkeit der Fassung des Entwurfs und des Gesetzes, daß unter Verteidigungsmittel im Sinne des § 33 nicht nur ein vom Beklagten dem Klaganspruche entgegengestelltes selbständiges Gegenrecht,

Wach, Handbuch I, S. 483; Hellwig, 2, S. 264.

z. B. die Kompensationseinrede, sondern jedes zur Abwehr der Verurteilung bestimmte materiellrechtlich erhebliche Gegenvorbringen des Beklagten zu verstehen ist.

Vergl. Heinsheimer a. a. O., S. 39.

Zweifelhaft aber kann es bei der jetzigen Fassung des Gesetzes sein, ob eine Widerklage nur dann an das Verteidigungsmittel gehängt werden kann, wenn dieses materiell rechtlich begründet ist oder ob die Widerklage auch dann zulässig ist, wenn das Verteidigungsmittel sich als unwirksam erweist. Die Frage ist streitig. Im ersteren Sinne haben sich

Gaupp-Stein, N. IV, Abs. 4 zu § 33; Petersen, N. 31 zu § 33; Skonietzki-Gelpcke, Nr. 4a zu § 33; Kleinfeller a. a. O., S. 51; Planck, Lehrb. I, § 19 Nr. 25; Schmidt, Lehrb., S. 861; Meyer, Z. f. Z. P. Bd. 8, S. 456 und die Rechtsprechung in E. R. G.

Bd. 23, S. 398; Gruch. Beitr. Bd. 38, S. 1174; Seuffert, Arch. Bd. 52 Nr. 261; Gruch. Beitr. Bd. 47, S. 1192; R. O. L. G. Bd. 19. S. 59,

im letzteren Sinne

Struckmann-Koch, N. 2 zu § 33; Loening, S. 95; Wach, Handbuch I, Nr. 483 und das Urteil in Seuff. Arch. Bd. 48, Nr. 63

ausgesprochen.

Man wird sich der ersteren Ansicht anzuschließen haben um deswillen, weil der Beklagte sonst eine Widerklage in Verbindung mit einem völlig aus der Luft gegriffenen Verteidigungsmittel erheben und sich auf diese Weise den Gerichtsstand der Widerklage erschleichen könnte. Die ratio legis verbietet eine frivole und chikanöse Ausbeutung des Gesetzes. Eine Widerklage, die nur mit einem unzulässigen Verteidigungsmittel im Zusammenhang steht, wird also stets als unzulässig abzuweisen sein. Wenn Loening als Grund für die von ihm vertretene gegenteilige Ansicht anführt, daß über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Verteidigungsmittels immer erst im Urteil selbst entschieden wird, und daher die materielle Unwirksamkeit desselben dem Gerichtsstande der Widerklage nicht entgegenstehen könne, so ist dieser Schluß nicht zwingend. Je nachdem, ob das Verteidigungsmittel zulässigerweise vorgebracht worden ist oder nicht, wird auch die Entscheidung über die Zulässigkeit der Widerklage im positiven oder negativen Sinne ausfallen. Im letzteren Falle wird über den mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch sachlich überhaupt nicht entschieden,

während im ersteren Falle der Richter der Entscheidung darüber, ob die Widerklage sachlich begründet ist, nicht enthoben wird. Die Widerklage ist also bei einer nach B. G. B. §§ 393 bis 395 unzulässigen Aufrechnung nicht zulässig. Des ferneren ist, wie sich aus § 33 Abs. 1 in Verbindung mit § 863 B. G. B. ergibt, eine petitorische Widerklage gegenüber der Besitzklage auf Grund der §§ 861, 862 B. G. B. unstatthaft. Die Zulässigkeit der petitorischen Widerklage könnte sich aus dem Zusammenhang mit der Verteidigung gegen die Besitzklage nur ergeben, wenn der Beklagte gegenüber dem Besitzanspruche ein Recht zum Besitze oder zur Vornahme der störenden Handlung geltend zu machen in der Lage wäre. Derartige petitorische Einwendungen sind ihm aber gegenüber den Besitzansprüchen durch § 863 B. G. B. abgeschnitten. Denn hier ist dem Beklagten nur das Recht zugestanden, ein Recht zum Besitze oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend zu machen, daß die Entziehung oder Störung des Besitzes keine verbotene Eigenmacht sei. Das aber ist keine petitorische Einwendung. Ein Zusammenhang einer petitorischen Widerklage mit einer zulässigen Verteidigung ist also unmöglich.

Zustimmend: Planck, Kommentar zum B. G. B. Nr. 4 zu § 863; Schmidt, Lehrb., S. 839; E. R. G. Bd. 23, S. 396; Bayer. Obers. L. G. in Bl. f. R. A. Bd. 60, S. 174 f.; Recht 1902 (6), S. 528; Biermann, Bem. 2 zu § 863; Staudinger, N. 3 zu § 863 B. G. B.; Seuffert, Note 2e zu § 33; Gaupp-Stein, N. IV zu § 33; Skonietzki-Gelpcke, N. 4 zu § 33.

Abweichend: Hellwig, Lehrb. 2, § 104; Haverkamp, „Recht“ 5, S. 617; Turnau-Förster, Bem. Ir zu § 861, Kniep, S. 420 (Besitz des B. G. B.) 1900, R. O. L. G. Bd. 4, S. 289; Cosack, B. R. II, § 189 Ziff. VIII.

Nur der § 864 Abs. 2 B. G. B. macht hiervon insofern eine Ausnahme, als der Beklagte den Besitzanspruch dadurch zum Erlöschen bringen kann, daß er sein durch Urteil festgestelltes Recht an der Sache im Besitzprozesse geltend macht. Wenn hiernach theoretisch auch wohl die Möglichkeit einer petitorischen Widerklage gegeben ist, so fehlt dieser doch jede praktische Bedeutung, da der Beklagte im vorliegenden Falle an einer Widerklage keinerlei Interesse mehr hat.

§ 8.

Möglichkeit der Heilung des Mangels der erforderlichen Konnexität zwischen Klage- und Widerklageanspruch.

Da der § 33 Z. P. O. nicht nur den Gerichtsstand, sondern, wie oben des näheren ausgeführt, auch die Zulässigkeit der Widerklage regelt, so fragt sich, wie zu verfahren ist, wenn der Beklagte eine Widerklage erhebt, die nicht den Erfordernissen des § 33 entspricht, die also weder unmittelbar mit dem Klaganspruch noch mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhange steht. Hat das Gericht eine derartige Widerklage von Amtswegen oder nur dann abzuweisen, wenn der Widerbeklagte Abweisung der Widerklage als unzulässig beantragt? Mit anderen Worten: Unterliegt das Erfordernis des Zusammenhangs dem Parteiverzichte oder nicht? Die Frage ist bestritten. Sie wird verneint von

Gaupp-Stein, N. IV Abs. 5 zu § 33; Struckmann-Koch, N. 2 zu § 33, Petersen, N. 32; Eccius in Gruch. Beitr. Bd. 39, S. 375; Wach, Handbuch I, S. 479; O. L. G. Hamburg in R. O. L. G. Bd. 1, S. 178,

bejaht von

Seuffert, N. 2e zu § 33, Skonietzki-Gelpcke, N. 5 Abs. 3 zu § 33; Kohler, Ges. Beitr., S. 76, N. 5; Heinsheimer in Z. Z. P. Bd. 38, S. 15 ff.; E. R. G. Bd. 46, S. 424; Bayr. Ob. L. G. in Seuff. Arch. Bd. 40, Nr. 150, Bd. 45 Nr. 45; E. R. G. in Gruch. Bd. 48, S. 386.

Von den Anhängern der ersteren Ansicht ist geltend gemacht worden, daß § 33 Z. P. O. zu den prozeßpolitischen Vorschriften zu rechnen sei, die im öffentlichen Interesse zur Verhütung einer ungeordneten Prozeßführung erlassen und demgemäß dem Parteiverzichte gemäß § 295 Z. P. O. nicht unterworfen seien. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Es wäre verfehlt, die Vorschrift des § 33 Z. P. O. zu denjenigen Vorschriften zu zählen, auf deren Befolgung eine Partei nicht wirksam verzichten kann. Vergl. § 295 Abs. 2. Das öffentliche Interesse an der Vermeidung einer ungeordneten Prozeßführung wird genügend durch die Vorschrift des § 145 Abs. 2 gewahrt, wonach das Gericht anzuordnen in der Lage ist, daß der Klaganspruch und der nicht konnexe Widerklaganspruch in getrennten Prozessen verhandelt werden. Die Möglichkeit der Abweisung einer nicht konnexen Widerklage ist lediglich im Intersese des Widerbeklagten geschaffen. Er soll davor geschützt werden, mit Widerklagen behelligt zu werden, die keinerlei Konnexität mit dem Klaganspruche oder mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln aufweisen. Gibt der

Widerbeklagte durch ausdrücklichen Verzicht oder durch widerspruchslose Verhandlung zu verstehen, daß er an der Beobachtung der Verfahrensvorschrift des § 33 Abs. 1 keinerlei Interesse hat, so bleibt die nicht konnexe Widerklage anhängig. Das Gericht kann jedoch wegen fehlenden Zusammenhanges die Verhandlung über die beiderseitigen Ansprüche trennen.

Mit der Frage der Heilung des Mangels der vom Gesetz geforderten Konnexität hat die Frage nach der Möglichkeit stillschweigender Vereinbarung der Zuständigkeit des Gerichts der Vorklage für die Widerklage nicht das Geringste zu tun. Das wird völlig verkannt in dem Urteile des Reichsgerichts Bd. 46, S. 424 der Entscheidungen, wo es heißt: „es erscheine unbedenklich, davon auszugehen, daß, wo die Voraussetzungen des vereinbarten Gerichtsstandes im Sinne der §§ 38 und 39 Z. P. O. gegeben seien, die Widerklage ohne weiteres als zulässig zu erachten sei.“ Es ist bereits wiederholt darauf hingewiesen worden, daß die Vorschrift des § 33 Z. P. O. sowohl den Gerichtsstand als auch die Zulässigkeit der Widerklage regelt. Die Frage nach der Zulässigkeit der Widerklage und die Frage nach der Zuständigkeit des Gerichts der Klage für die Widerklage sind jedoch völlig unabhängig von einander zu prüfen. Das ergibt sich aus folgendem: Ist das Gericht der Klage für den Gegenanspruch an sich zuständig, so fragt sich weiter, ob dieser auch die im § 33 geforderte Konnexität mit dem Klaganspruche bezw. mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln aufweist. Ist dies nicht der Fall, so kann hier der § 39 mit seiner still-

schweigenden Vereinbarung überhaupt nicht zur Anwendung gelangen, da der Gegenanspruch bei einem an sich zuständigen Gerichte angebracht ist. Die Widerklage wäre also von Amtswegen als unzulässig abzuweisen, wenn nicht die Vorschrift des § 295 Z. P. O. den Mangel der Konnexität zu heilen in der Lage wäre. Daß das Gesagte aber auch für den Fall gilt, daß der Gegenanspruch bei einem an sich unzuständigen Gerichte angebracht wurde, bedarf nach dem Vorerörterten keines weiteren Nachweises. Der § 39 Z. P. O. vermag auch in diesem Falle nur den Mangel der örtlichen Zuständigkeit zu heilen, während der Mangel der Konnexität der Widerklage durch diese Vorschriften in keiner Weise berührt wird.

Vergl. Heinsheimer, Z. Z. P. Bd. 38, S. 19 ff.

Die Rüge unzulässiger Widerklageerhebung und die Rüge, daß das Gericht der Klage für die erhobene Widerklage örtlich unzuständig sei, unterscheiden sich darin, daß letztere eine prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 274 Abs. 1 Z. P. O. darstellt und daher vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen ist,

Vergl. v. Wilmowski-Levy, Bem. 1 zu § 247 (274 u. F.); Struckmann-Koch, Bem. 1 Abs. 2 zu § 274; Petersen, Bem. 15 zu § 274; Seuffert, Bem. 13 zu § 274; Gaupp-Stein, Bem. VI zu § 274 Z. P. O.; E. R. G. Bd. 58, S. 260 f.

während ersterer von der Reichstagskommission der Charakter einer prozeßhindernden Einrede ausdrücklich abgesprochen worden ist, vergl. Hahn, Materialien 2, S. 587, die Rüge der Unzulässigkeit also nur gleichzeitig

mit der eventuellen Erklärung zur Hauptsache vorzubringen ist.

Eine Widerklage kann selbst bei Vorhandensein der in § 33 Abs. 1 geforderten Konnexität gemäß § 33 Abs. 2 bei dem Gerichte der Klage dann nicht erhoben werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruchs auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können. Das ist nach § 40 Abs. 2 dann der Fall, wenn die Widerklage andere als vermögensrechtliche Ansprüche, z. B. Ehesachen, Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern, Entmündigungsklagen oder solche Ansprüche betrifft, welche nur vor einem ausschließlichen Gerichtsstand geltend gemacht werden können. Dahin gehört als Hauptfall der dingliche Gerichtsstand des § 24 Z. P. O., ferner gehören hierher die Fälle der §§ 584, 606, 648, 665, 676, 679, 680, 684—686, 689, 802, 722, 731, 764, 767, 768, 771, 796, 797, 805, 879, 889—893, 925, 927, 1005.

In Fällen dieser Art vermag der Zusammenhang allein die Zuständigkeit des Gerichts der Klage für die Widerklage, falls für diese das Gericht nicht an sich schon zuständig ist, nicht zu begründen. Vielmehr ist die Widerklage wegen Unzuständigkeit von Amtswegen abzuweisen.

Vergl. E. R. G. Bd. 51, S. 322.

§ 9.

Die Parteien des Widerklageprozesses.

Der Begriff der Widerklage erfordert, daß die Parteien des Widerklageprozesses mit denen des Vor-

klageprozesses identisch sind. Die Widerklage kann nur von der Person erhoben werden, die zur Zeit der Erhebung die Rolle der beklagten Partei des Vorprozesses einnimmt und darf nur gegen die Partei gerichtet werden, die gerade im Momente der Erhebung der Widerklage die Rolle der klagenden Partei innehat. Dabei ist es gleichgültig, ob die Parteien des Widerklageprozesses die ursprünglichen Parteien des Vorprozesses darstellen, oder ob im Laufe des Prozesses vor Erhebung der Widerklage auf der klägerischen oder beklagtischen Seite eine Rechtsnachfolge, also ein Parteiwechsel stattgefunden hat. In diesem Falle ist der Rechtsnachfolger der Partei, sei er Erbe derselben, § 239, Erwerber der im Streit befangenen Sache oder der Zessionar des geltend gemachten Anspruches, § 265, oder Erwerber des belasteten oder berechtigten Grundstücks, § 266, für eine Widerklage aktiv und passiv legitimiert, sobald er an die Stelle der einen oder anderen Partei des Vorprozesses getreten ist. Im Falle des § 76, also im Falle der Benennung des rechten Besitzers, ist nur dieser zur Erhebung einer Widerklage berechtigt, sobald er „mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß übernommen" hat. Im Falle aktiver Streitgenossenschaft kann der Beklagte gegen j e d e n oder nur gegen e i n e n der aktiven Streitgenossen Widerklage erheben. Liegt passive Streitgenossenschaft vor, so sind sämtliche Beklagte, aber auch jeder von ihnen allein zur Widerklage gegen den Kläger berechtigt. Denn bei der Streitgenossenschaft sind so viele Vorprozesse gegeben, als Streitgenossen auf der aktiven oder passiven Seite vor-

handen sind. § 58 Z. P. O. Stehen die Streitgenossen in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft oder sind sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt, oder bilden gleichartige und auf einem im wesentlichen gleichartigen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits, so ist auch eine aktive oder passive subjektive Widerklagenhäufung, eine aktive oder passive Widerklagenstreitgenossenschaft möglich, vergl. §§59, 60 Z. P. O.

Auch gegenüber dem Hauptintervenienten können der Beklagte und der Kläger des ersten Prozesses sowohl einzeln als auch vereint als passive Streitgenossen Widerklage erheben. § 64 Z. P. O. Der Dritte, dem gemäß § 75 Z. P. O. von dem verklagten Schuldner der Streit verkündet wird und der hierauf in den Streit eintritt, wird zunächst nicht Partei, sondern nur Nebenintervenient und bleibt es, wenn die im § 75 Z. P. O. vorgeschriebene Hinterlegung seitens des Schuldners nicht erfolgt. Denn der Eintritt des Dritten erfolgt nach dem Gesetze lediglich auf Grund der „Streitverkündung" und das Gesetz hat für den Fall, daß die Hinterlegung nicht erfolgt, keinerlei Bestimmungen getroffen. Es ist also irrig, wenn vielfach, so von

Planck, Lehrb. 2, S. 15; Wach, Vortr., S. 108; Kohler in Gruch. Beitr. Bd. 30, S. 490; Gaupp-Stein, Anm. II und V zu § 75; Seuffert zu § 75 u. a.

behauptet wird, daß der Eintritt des Dritten in den Rechtsstreit eine Hauptintervention oder etwas Ähnliches darstelle.

Zustimmend: Schlodtmann in Z. Z. P. Bd. 13, S. 295; Weismann, Lehrb. I, § 113; Hellwig, System I, § 183.

So lange der Dritte aber in der Rolle des Nebenintervenienten verharrt, ist er, wie unten noch des näheren nachgewiesen werden soll, zur Erhebung einer Widerklage gegenüber dem Kläger nicht befugt. Erst wenn der Beklagte den Betrag der streitigen Forderung zugunsten der streitenden Gläubiger unter Verzicht auf das Recht der Zurücknahme hinterlegt hat und auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreite entlassen ist, ist dieser über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen. Erst jetzt ist der Dritte Hauptpartei geworden und kann nunmehr seinerseits gegen den ursprünglichen Kläger Widerklage dahin erheben, daß dieser in die Auskehrung der hinterlegten Summe einwillige. Inwiefern bei dieser Sachlage noch der ursprüngliche Beklagte (Schuldner) nach seiner Entlassung aus dem Rechtsstreite zur Widerklageerhebung befugt sein soll, was Loening a. a. O., S. 75 und nach ihm Deinhardt a. a. O., S. 52 annehmen, ist schlechterdings nicht einzusehen.

Die Erhebung einer Widerklage seitens eines Dritten, der nicht Prozeßpartei ist, ist unzulässig. Das gilt zunächst, wie schon erwähnt, von dem Nebenintervenienten. Denn er ist nicht Partei, sondern tritt dieser zur Seite, um sie zwecks Wahrung eigenen Interesses in der Prozeßführung zu unterstützen. Wenn er auch alle Parteirechte ausüben, insbesondere Angriffs-, Verteidigungs- und Rechtsmittel mit Wirksamkeit für und gegen die Partei benutzen kann, soweit sie nicht mit Handlungen und Erklärungen der Partei selbst im Widerspruche stehen, § 67, so ist er darum doch nicht

Vertreter der Partei, geschweige denn ihr Streitgenosse, auch nicht im Falle des § 69 Z. P. O., auf Grund dessen der Nebenintervenient in dem dort erwähnten Falle von der Partei gänzlich unabhängig gestellt ist. Wenn das Gesetz im § 69 bestimmt, daß der Nebenintervenient im Sinne des § 61 als Streitgenosse der Hauptpartei „gilt", sofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, so spricht es, was wohl zu beachten ist, nur eine Fiktion aus. Würde der beitretende Nebenintervenient tatsächlich Streitgenosse der Hauptpartei, so würde sein Beitritt nicht als Intervention, sondern als Eintritt in den Rechtsstreit z. B. nach Analogie des § 856 Abs. 2 Z. P. O. anzusehen sein. Davon kann aber keine Rede sein. Das Gesetz will im § 69 Z. P. O. den Nebenintervenienten nur von den Schranken des § 67 Z. P. O. freimachen, und das mit Recht. Hat das zwischen den Hauptparteien ergehende Urteil auch gegenüber dem Nebenintervenienten Rechtskraftwirkung, so wäre es unangemessen, ihn von der Hauptpartei ebenso abhängig zu machen wie den unselbständigen Nebenintervenienten des § 67 Z. P. O. Er muß berechtigt sein, auch im Widerspruche mit der Hauptpartei auf die Fällung einer richterlichen Entscheidung hinzuwirken. Das und nicht mehr wollte das Gesetz mit dem schlichten Hinweis auf § 61 Z. P. O. zum Ausdruck bringen. Ist aber der Nebenintervenient des § 69 nicht Streitgenosse der von ihm unterstützten Partei, also nicht Haupt-

partei, so kann er auch eine Widerklage nicht erheben.

Zustimmend: Gaupp-Stein, Note II 5 zu § 33; Loening a. a. O., S. 78; Schultze in Z. f. Z. P. Bd. 2, S. 88 ff., 95 ff.; Seuffert, Note 2c zu § 33 und Noten zu § 69 Z. P. O.; Wach, Handbuch I, S. 648 ff.; Oertmann in Z. f. Z. P. Bd. 22, S. 17 ff. Abweichend: Hellmann, Lehrb., S. 441, 452; Lippmann in ziv. Arch. Bd. 65, S. 433; Kleinfeller, Gerichtsstand, S. 85; Skonietzki-Gelpcke, Anm. 2 zu § 33.

Zur Erhebung einer Widerklage ist ferner nicht befugt der Empfänger einer Streitverkündung, da sich sein Verhältnis zu den Parteien nach seinem Beitritt nach den Grundsätzen über die Nebenintervention bestimmt. § 74. Ebenso wenig kann gegen den Streitverkündeten seitens der Gegenpartei Widerklage erhoben werden. Daß der gemäß § 266 Z. P. O. aus dem Prozesse ausgeschiedene Kläger nicht mehr Prozeßpartei und daher nicht mehr für den Widerklageprozeß passiv legitimiert ist, ist oben bereits angedeutet worden.

Ist das Verfahren im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei gemäß § 240 Z. P. O. unterbrochen worden, oder ist während des Rechtstreits zwischen einem Vorerben oder einem Dritten über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand der Fall der Nacherbfolge eingetreten, und ist hierdurch gemäß § 242 Z. P. O. eine Unterbrechung des Verfahrens hervorgerufen, so sind nach der Aufnahme des Rechtsstreits durch den Konkursverwalter bezw. Nacherben der Gemeinschuldner bezw. Vorerbe aus dem Prozesse

ausgeschieden, also „Dritte“ geworden und daher weder aktiv noch passiv für den Widerklageprozeß legitimiert.

Wenn Gaupp-Stein, Note V zu § 33 Z. P. O. und Wilmowski-Levy zu § 33 in § 469 Abs. 3 H. G. B. und in Art. 28 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. X. 1890 eine Ausnahme von der sonstigen Regelung der Passivlegitimation für die Widerklage erblicken, so beruht dies auf einem Irrtum. Diese Bestimmungen enthalten in Wirklichkeit keine Ausnahme. Sie setzen vielmehr voraus, daß die widerbeklagte Bahn aus dem Frachtvertrage Klage erhoben hat. Das besagt klar die Nebeneinanderstellung der beiden Begriffe „Widerklage“ und „Aufrechnung“, so auch Skonietzki-Gelpcke, Anm. 26 zu § 33.

Daß auch die gesetzlichen Vertreter, Generalbevollmächtigten und Prozeßbevollmächtigten und Beistände nicht als Widerklageparteien fungieren können, bedarf keiner weiteren Begründung. Hier kann nur die Frage aufgeworfen werden, ob sie namens ihrer Partei zur Erhebung einer Widerklage legitimiert sind. Dieses ist bezüglich des gesetzlichen Vertreters und Generalbevollmächtigten unzweifelhaft der Fall. Bezüglich der Prozeßbevollmächtigten wird im § 81 Z. P. O. bestimmt, daß er zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage usw. veranlaßt werden, kraft der Prozeßvollmacht ermächtigt sei. Daß diese Bestimmung auch die Erhebung der Widerklage selbst, nicht nur deren Beantwortung umfaßt, dürfte trotz

des mangelhaften Gesetzestextes im Interesse der Parteiengleichheit anzunehmen sein.

Zustimmend: Kleinfeller, Gerichtsstand S. 84; Gaupp-Stein, Anm. III zu § 81.

Auch der Beistand einer Partei ist namens der letzteren zur Erhebung einer Widerklage befugt, sofern er im Einverständnis der Partei handelt.

Eine Widerklage wird prozessual nicht um deswillen für unzulässig zu erachten sein, weil die Klagpartei materiell rechtlich für den Gegenanspruch nicht passiv legitimiert ist. Während beispielsweise der Ehemann gemäß § 1380 B. G. B. zur Geltendmachung der zum eingebrachten Gut der Frau gehörenden Rechte aktiv legitimiert ist, können Ansprüche, die auf Befriedigung aus dem eingebrachten Gut der Frau gerichtet sind, nur gegen diese, nicht gegen ihn, den Ehemann, gerichtet werden. Der Mann kann nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau in Anspruch genommen werden. Leistungswiderklagen der vorerwähnten Art gegen den Ehemann sind demgemäß als materiell rechtlich unbegründet, nicht dagegen als prozessual unzulässig abzuweisen.

Zustimmend: Gaupp-Stein, Note II 5 zu § 33 Z. P. O.

In diesem Zusammenhange bedarf endlich noch die Streitfrage einer Erörterung, ob auch der Kläger gegenüber der gegen ihn erhobenen Widerklage abermals eine Widerklage zu erheben befugt ist, oder ob die im gemeinen Rechte anerkannte Regel: reconventio reconventionis non datur, auch noch im heutigen Rechte Geltung beansprucht.

Vergl. Wetzel, System, S. 846; Renaud, Lehrb., S. 156; Endemann, S. 665; Sartorius a. a. O., S. 204 ff.; Fuchs a. a. O., S. 181.

Der Ansicht, daß die reconventio reconventionis zulässig sei, sind

Wach, Handbuch I, S. 486; Loening a. a. O., S. 79; Seuffert, N. 3 und Petersen, N. 12 zu § 33; Hellwig, Lehrb. Bd. 3, S. 59; Heinsheimer a. a. O., S. 47 u. a.

Die Gegenansicht vertreten:

Gaupp-Stein, Note II 5 zu § 33, Struckmann-Koch, Note 3 zu § 33; Wilmowski-Levy, Note 1 zu § 33; Kleinfeller, Gerichtsstand, S. 82 f.; Hellmann, Lehrb., S. 452 und Krit. Viert.-J.-Schrift Bd. 29, S. 220 ff.; Skonietzki-Gelpcke zu § 33 u. a.

Wenn diese Schriftsteller sich teilweise darauf berufen, daß die Zivilprozeßordnung keine ausdrückliche Bestimmung über die Zulässigkeit der reconventio reconventionis enthalte, vielmehr der § 33 Z. P. O. Klage und Widerklage zu einander in einem Gegensatz stelle und darum die reconventio reconventionis verbiete, so kann einer derartigen Begründung nicht beigetreten werden. Diese Begründung geht von einer Voraussetzung aus, die doch erst erwiesen werden soll, nämlich von der Tatsache, daß das Gesetz im § 33 unter „Klage“ nur die Vorklage, nicht auch die gegen diese erhobene Widerklage angesehen wissen will. Es ist bereits in anderem Zusammenhange darauf hingewiesen worden, daß die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Klage auch für die Widerklage maßgebend sind, soweit nicht besondere Ausnahmen im Einzelfalle

statuiert sind oder sich aus der Natur der Sache ergeben. Für unseren Fall hat das Gesetz aber solche Ausnahmebestimmungen nicht getroffen. Da auch sonstige Gründe nicht dagegen sprechen, so ist anzunehmen, daß der Begriff „Klage" im § 33 auch die Widerklage mit umfaßt.

So auch Loening a. a. O., S. 80 f.

Selbst wenn aber der § 33 Z. P. O. dieser erweiternden Auslegung nicht fähig wäre, so würde doch immer noch dessen analoge Anwendung in Frage kommen.

Vergl. Wach, Handb. I, S. 486.

Die Zulässigkeit der reconventio reconventionis ergibt sich aber auch noch aus folgendem Umstande: Der § 280 der Zivilprozeßordnung verleiht dem Kläger und dem Beklagten das Recht, im Wege der Klagerweiterung bezw. im Wege der Widerklage bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, den Antrag zu stellen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde. Es ist nun sehr wohl der Fall denkbar, daß der Beklagte im Wege der Widerklage das Bestehen oder Nichtbestehen eines für den Klaganspruch präjudiziellen Rechtsverhältnisses festgestellt sehen möchte, der Kläger andererseits nachzuweisen in der Lage ist, daß diesem Antrage, ein bisher noch nicht den Gegenstand des Rechtsstreits bildendes Rechtsverhältnis entgegensteht. Die Billigkeit erfordert hier unweigerlich, daß der Kläger gegenüber der Präjudizialklage des Beklagten ebenfalls zu einer Prä-

judizialklage greifen darf, eine Forderung, der auch das Gesetz nicht hindernd im Wege steht.

Vergl. hierzu Wach, Handbuch I, S. 486.

Dieselben Ausführungen treffen aber auch für den Fall zu, daß der Beklagte gegenüber der Vorklage eine Leistungsklage erheben, und der Kläger die Unbegründetheit derselben wegen Bestehens oder Nichtbestehens eines für den Widerklaganspruch präjudiziellen Rechtsverhältnisses inzidenter festgestellt sehen möchte.

Die Zulässigkeit der erwähnten Inzidentanträge ist dadurch begründet, daß die Widerklage ein Teil des Vorprozesses geworden ist und dieser daher zum Teil von der Entscheidung des Widerklageprozesses abhängt. Ist aber in Fällen der vorliegenden Art eine Präjudizialklage des Klägers, die in Wirklichkeit nichts anderes als eine reconventio reconventionis darstellt, für zulässig zu erachten, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch sonst der Kläger zur Erhebung einer Widerklage gegenüber der ersten Widerklage des Beklagten befugt sein sollte.

Stein, Komm. Anm. II 5 zu § 33 hält eine Widerklage um deswillen für unzulässig, weil „eine solche nichts anderes als eine den Vorschriften über die Klagänderung unterworfene Erweiterung der Klage wäre und aus der Zulassung der reconventio reconventionis im § 280 Z. P. O. nichts für die Widerklage im allgemeinen zu folgern sei".

Ähnlich: Struckmann-Koch, Note 3 zu § 33; Wilmowski-Levy, Note 1 zu § 33; Kleinfeller, Gerichtsstand, S. 82 f.

Dem letzteren Gegenargument kann nach den obigen Ausführungen keinerlei Bedeutung beigemessen werden. Im übrigen hat es nach der Steinschen Begründung den Anschein, als ob Widerklage und Klagerweiterung grundverschiedene Begriffe wären. In Wirklichkeit aber bilden beide Begriffe keinen Gegensatz, sondern stehen nach der gesetzlichen Regelung miteinander in Parallele. Das ergibt sich in mehrfacher Beziehung. Abgesehen von der bereits erwähnten Bestimmung des § 280 Z. P. O., wonach der Kläger durch Erweiterung des Klagantrages, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage präjudizielle Inzidentanträge zu stellen in der Lage ist, und abgesehen von der Bestimmung des § 506 Z. P. O., wonach auf Antrag der einen oder anderen Partei eine Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht erfolgt, wenn durch Widerklage oder durch Erweiterung des Klagantrages die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts überschritten wird, ist auch, und das ist ganz unstreitig, in den Bestimmungen der §§ 281 und 529 Z. P. O. mit dem Begriffe des „erst im Laufe des Rechtsstreits erhobenen Anspruches“ oder der „neuen Ansprüche“ sowohl die Klagerweiterung als auch die Widerklage gemeint. Stellen sich sonach die „Klagerweiterung“ und die „Widerklage“ als verwandte Begriffe, als Unterarten des Oberbegriffes der „neuen Ansprüche“ dar, so bedarf nur noch die Frage eine Prüfung, ob die Zulässigkeit der Klagerweiterung und Zulässigkeit der Widerklage gleichen oder von einander erheblich differierenden Grundsätzen unterworfen sind. Daß bezüglich

der Präjudizialanträge beider Kategorien eine gleichmäßige Behandlung statuiert ist, ist bereits hervorgehoben worden und wird auch von Stein anerkennt. Aber auch im übrigen sind Klagerweiterung und Widerklage nicht grundverschieden von einander im Gesetze geregelt. Allerdings ist die Widerklage nur zulässig, wenn sie entweder mit dem Klaganspruche oder den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhange steht, § 33 Z. P. O., während die Klagerweiterung den Schranken der §§ 264, 268 Z. P. O. unterworfen ist, also nur dann für zulässig erklärt ist; wenn der Klaggrund derselbe bleibt oder wenn der Beklagte in die Änderung der Klage einwilligt oder wenn nach dem Ermessen des Gerichts durch die Änderung der Klage die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird. Aber die in Frage kommenden Normen sind in beiden Fällen nur dispositiver Natur. Mit Einwilligung des Gegners oder durch Unterlassung rechtzeitiger Rüge können sie außer Kraft gesetzt werden. Während jedoch die Einwilligung des Beklagten in die Änderung der Klage gemäß § 269 Z. P. O. schon dann anzunehmen ist, wenn derselbe, ohne der Änderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat, tritt der Verlust des Rügerechts der Unzulässigkeit einer Widerklage gemäß § 295 Z. P. O. bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf Grund des mangelhaften Verfahrens stattgefunden hat, also erst mit dem Ende des Termins ein. Indessen ist diese abweichende Regelung sachlich durch nichts begründet, wie auch die verschiedene

Regelung der Anfechtung der eine Klagänderung zulassenden und der Anfechtung der eine Widerklage als unzulässig zurückweisenden Entscheidung nicht sehr einleuchtend erscheint.

Wenn ferner die Zulässigkeit der Klagerweiterung gesetzlich davon abhängig gemacht ist, daß der Klaggrund derselbe bleibt, § 268, oder nach dem Ermessen des Gerichts durch die Änderung der Klage die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird, so wird sich das Ergebnis dieser Regelung im wesentlichen mit dem der Regelung der Widerklage decken. Auch diese darf nur solche Ansprüche in den Vorprozeß einführen, die einen Zusammenhang mit dem Klaganspruche oder mit einem Verteidigungsmittel aufweisen, das bereits im Vorprozeß zur Sprache gebracht und daher dem Gegner bekannt geworden ist. In sehr vielen Fällen der letzteren Art würde vom Standpunkte der Klagänderung aus betrachtet die Einführung neuer Ansprüche um deswillen für zulässig zu erachten sein, weil die Verteidigung des Gegners nicht wesentlich erschwert wird. Es lassen sich allerdings auch Ausnahmefälle denken, in denen eine Übereinstimmung in der Regelung beider Kategorien von „neuen Ansprüchen" nicht vorliegt. Jedenfalls dürfte sich aus den vorhergehenden Darlegungen wohl soviel ergeben, daß das von Stein gegen die hier vertretene Ansicht vorgebrachte Gegenargument nicht durchschlägt, weil Klagerweiterung und Widerklage nicht von einander grundverschiedene Begriffe, sondern Unterarten eines Oberbegriffes, nämlich des Begriffes der nach-

träglich in den Prozeß eingeführten Ansprüche darstellen.

Vergl. Heinsheimer in Z. Z. P. Bd. 38, S. 44 ff.

In der Tat lassen sich auch triftige Gründe gegen die Zulässigkeit der reconventio reconventionis überhaupt nicht geltend machen. Das Prinzip der Parteiengleichheit erfordert, daß der § 33 Z. P. O. auch für diese Art von Widerklage zur Anwendung gelangen muß.

§ 10.

Zulässigkeit der Präjudizialinzidentklage des § 280 Z.P.O.

Dieselben Grundsätze, wie sie für die gewöhnliche Widerklage bezüglich der örtlichen Zuständigkeit entwickelt sind, gelten auch für die sogenannte Präjudizialinzidentfeststellungswiderklage des § 280 Z. P. O. Doch ist dies sehr bestritten.

Struckmann-Koch, Note 2 zu § 280 Z. P. O. (8. Aufl.); Hellmann, Lehrbuch, S. 143; Kroll, Klage und Einrede, S. 62; Baron in Z. Z. P. Bd. 1, S. 29 ff., 36 ff.; Lippmann, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 71, S. 339 ff.; Oertmann in Z. Z. P. Bd. 22, S. 48 ff.

nehmen an, daß der § 280 Z. P. O. den Gerichtsstand der Widerklage insofern erweitere, als das Gericht der Klage für jeden Inzidentantrag zuständig werde, auch wenn dieser, im Wege einer selbständigen Klage geltend gemacht, nur in einem ausschließlichen Gerichtsstande erhoben werden könne.

Demgegenüber vertreten

Wach, ziv. Arch. Bd. 62, S. 400 ff.; Fitting, Ziv Archiv Bd. 63, S. 247; Wach, Handbuch I, S. 488 f.

Loening, Z. Z. P. Bd. 4, S. 100; Wilmowski-Levy, Kommentar, Note 2 zu § 253 (alt); Petersen in Z. Z. P. Bd. 2, S. 197

die Ansicht, daß sich aus § 280 Z. P. O. überhaupt kein selbständiger Gerichtsstand ergebe, während Kleinfeller, Gerichtsstand, S. 72 ff. in § 280 Z. P. O. einen Gerichtsstand mit rechtlichen Besonderheiten erblickt und

Gaup-Stein, Note III zu § 280; Petersen, Note zu § 280; Planck, Lehrbuch I, § 19 Note 22, § 20 Note 16 ff., § 25 Note 7; Seuffert, Anm. 6b zu § 280

annehmen, daß sich die für die ursprüngliche Klage begründete örtliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts auch auf die Inzidentwiderklage erstrecke, es sei denn, daß für sie als Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand durch Gesetz oder Vereinbarung begründet sei, daß mit anderen Worten der Gerichtsstand des § 280 hinsichtlich der Widerklage sich mit dem Gerichtsstande des § 33 Z. P. O. decke.

Die Vertreter der ersteren Ansicht haben diese wie folgt begründet:

Dafür, daß das Gesetz im § 280 Z. P. O. die Zuständigkeit des Prozeßgerichts in erheblichem Maße ausgedehnt habe, spreche der Wortlaut, der Zweck und die Entstehungsgeschichte des § 280 Z. P. O. Es fehle im § 280 der Z. P. O. an jedem Hinweise, daß die dort erwähnte Widerklage an die sonstigen Schranken der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit gebunden sei. Der Gesetzgeber hätte, wie Hellmann meint, nach den Worten „kann der Kläger . . . . Widerklage“ die

Worte „innerhalb der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Prozeßgerichts“ hinzusetzen müssen, wenn eine derartige Beschränkung der Zulässigkeit von vornherein beabsichtigt gewesen sei.

Zu beachten sei ferner der enge Zusammenhang zwischen § 280 und § 322 Z. P. O. Der Zweck der Vorschrift des § 280 gehe dahin, die Parteien in den Stand zu setzen, über präjudizielle Inzidentpunkte auf die sich nach § 322 Z. P. O. die Rechtskraft nicht erstrecke, ein der Rechtskraft fähiges Urteil dadurch zu erwirken, daß sie durch Erweiterung des Klagantrages oder durch Erhebung einer Widerklage das präjudizielle Rechtsverhältnis zum unmittelbaren Gegenstand der Entscheidung machten. Das aber sei den Parteien nur dann möglich, wenn die allgemeinen Zuständigkeitsnormen für den § 280 Z. P. O. ausgeschaltet würden, da sonst in einer großen Anzahl von Fällen die Absicht des Gesetzgebers vereitelt würde. Ferner sei zu berücksichtigen, daß die Vorschrift des § 280 Z. P. O. etwas vollkommen Überflüssiges aussprechen würde, wenn sie den Schranken der allgemeinen Gerichtsstandsnormen insbesondere des § 30 Abs. 2 Z. P. O. unterworfen wäre. Denn dann wäre die Rechtslage des Inzidentklägers gegenüber der sich auf Grund der §§ 256, 33 Z. P. O. ergebenden Rechtslage nur insofern günstiger, als er nicht das Interesse an alsbaldiger Feststellung besonders darzutun brauchte. Dazu komme, daß der Gesetzgeber den Fall der sachlichen Unzuständigkeit im § 506 Z. P. O. ausdrücklich geregelt habe, ohne des Falls der örtlichen Unzuständigkeit des Prozeßgerichts

Erwähnung zu tun. Daraus sei zu folgern, daß der Gesetzgeber es nicht für erforderlich erachtet habe, den Fall der ausschließlichen örtlichen Zuständigkeit des Prozeßgerichts für die Inzidentklage zu regeln, daß er vielmehr sowohl im Falle der sachlichen wie der örtlichen Unzuständigkeit in gleicher Weise eine einheitliche rechtskräftige Entscheidung über das Inzidentverhältnis habe ermöglichen wollen. Endlich ergebe sich auch aus der Entstehungsgeschichte des § 280, insbesondere aus den Motiven S. 63, 227, daß das Gesetz durch die Zulassung der Präjudizialinzidentklage das forum reconventionis habe erweitern wollen.

Alle diese Gründe können jedoch nicht als stichhaltig angesehen werden.

Der § 280 enthält für die daselbst erwähnte Widerklage überhaupt keine Zuständigkeitsregel. Aus dem Schweigen des Gesetzes über diesen Punkt ist daher gerade das Gegenteil von dem zu folgern, was die bekämpfte Ansicht aus § 280 Z. P. O. für sich herausliest. Dafür, daß der Begriff der Widerklage im § 280 ein anderer sei als im § 33 Z. P. O., liegt nicht der mindeste Anhalt vor. Vielmehr ergibt sich daraus, daß die Widerklage des § 280 in den §§ 506 Z. P. O., 103—105 G. V. G. bezüglich der sachlichen Zuständigkeit denselben Normen wie die gewöhnliche Widerklage unterworfen wird, der zwingende Schluß, daß beide Widerklagen auch hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit gleichbehandelt werden sollen. Die Annahme einer unbeschränkten Zulässigkeit der Inzidentwiderklage würde, wie Seuffert, Komm. zu § 280 mit

Recht hervorhebt, auch dem öffentlichen Interesse an der Regelung der ausschließlichen Zuständigkeit widerstreiten.

Wenn H e l l m a n n demgegenüber darauf hinweist, daß hier die öffentlichen Interessen an der Ausschließlichkeit gewisser Gerichtsstände durch andere öffentliche Interessen durchkreuzt würden, und diesen Hinweis durch eine Berufung auf die Motive zu § 322 (293) Z. P. O., S. 227, H a h n II, S. 291 zu bekräftigen sucht, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Motive selbst die Erwirkung einer rechtskräftigen Entscheidung über den Inzidentpunkt dem Parteibelieben überlassen und damit zum Ausdruck bringen, daß sie ein öffentliches Interesse an der unbedingten Zulässigkeit der Inzidentklage nicht für gegeben erachten. Die Tatsache, daß der Gesetzgeber die S a v i g n y sche Theorie über die Rechtskraft der Urteilselemente ausdrücklich abgelehnt und auch sonst eine Bestimmung über die Aufnahme der Entscheidung über den Inzidentpunkt in den Tenor nicht getroffen hat, beweist zur Genüge, daß das öffentliche Interesse bei der Auslegung des § 280 Z. P. O. nicht allzu sehr bewertet werden darf. Die unbegrenzte Zulässigkeit der Inzidentwiderklage würde übrigens auch dazu führen, daß die der gewöhnlichen Widerklage gemäß §§ 595, 615, 633, 667 gezogenen Schranken gegenüber dem § 280 Z. P. O. in Fortfall kommen müßten, was jedoch noch niemals jemand zu behaupten gewagt hat. Die Zulassung der Inzidentwiderklage nur unter gewissen Beschränkungen hat zwar eine gewisse Gefahr zur Folge, daß es zu widersprechenden Entscheidungen

im Vor- und Nachprozeß über das präjudizielle Rechtsverhältnis kommen kann. Aber die Vorschrift des § 148 Z. P. O. bietet den Parteien eine Handhabe, derartigen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen. Ist die Partei an der Erhebung einer Präjudizialfeststellungswiderklage durch die Vorschriften über die ausschließliche Zuständigkeit behindert, so kann sie den Fortgang des bedingten Prozesses dadurch hemmen, daß sie vor dem zuständigen Gerichte die Präjudizialklage erhebt und nunmehr vor dem Gerichte des Vorprozesses die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Prozesses beantragt. Allerdings kann das Gericht nach freiem Ermessen die Aussetzung ablehnen, auch wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind.

Vergl. E. R. G. Bd. 70, S. 91; 72, S. 187; 77, S. 412; J. W. 94, S. 10 Nr. 7; 99, S. 573 Nr. 2; 740 Nr. 4; 02, S. 359 Nr. 6.

Aber das wird in der Regel der Fälle doch nur dann eintreten, wenn eine Besorgnis, daß es in beiden Prozessen zu widersprechenden Entscheidungen über dasselbe Rechtsverhältnis kommen könnte, und daß durch die Aussetzung des Vorprozesses der einen Partei schwere Nachteile erwachsen würden, nicht vorliegt.

Gegen den Beschluß, durch den die Ablehnung des Antrages ausgesprochen wird, ist gemäß § 252 Z. P. O. sofortige Beschwerde zulässig.

Was endlich die Entstehungsgeschichte des § 280 Z. P. O. anbelangt, so vermag auch sie der gegnerischen Auffassung irgendwelche Stützpunkte nicht zu gewähren. Richtig ist zwar, daß die Motive zu § 33 (S. 63) mit dürren Worten besagen, daß das forum reconventionis

durch die Zulassung der Präjudizialinzidentklagen erweitert worden sei. Richtig ist ferner, daß die Motive zu § 34 Z. P. O. den § 280 Z. P. O. als einen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs aufzählen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß der Verfasser dieser Motive den § 280 Z. P. O. als eine Kompetenzregel angesehen wissen wollte. Aber diese in den Motiven niedergelegte Ansicht ist einmal im Gesetze nicht zum Ausdruck gebracht, steht auch andererseits nicht im Einklange mit den Motiven zu dem Entwurf I der Z. P. O., in denen derartige Ausführungen zu den genannten Bestimmungen gänzlich fehlen. Die erwähnten Zusätze sind von v. Amsberg, dem Verfasser der Motive des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs erst nachträglich gemacht worden. Es läßt sich daher die Vermutung nicht von der Hand weisen, daß v. Amsberg über die Tragweite des § 280 Z. P. O., wie sie von dem Verfasser des Entwurfs I gedacht war, geirrt hat. Darauf läßt auch die weitere Entstehungsgeschichte des § 280 schließen. Er ist hervorgegangen aus dem § 196 des norddeutschen Entwurfs, welcher lautet: „Wird im Laufe des Prozesses ein Rechtsverhältnis streitig, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, so ist dieses Rechtsverhältnis in demselben Prozeß durch richterliche Entscheidung festzustellen, wenn hierauf von dem Kläger durch Erweiterung des Klagantrages, von dem Beklagten durch Erhebung einer Widerklage angetragen wird."

Oertmann schließt aus dieser Fassung auf die

unbeschränkte Zulässigkeit der Widerklage. Er übersieht aber, daß die Protokolle des norddeutschen Entwurfs S. 791 sich bezüglich dieses Punktes dahin aussprechen: „daß dabei die gewöhnlichen Kompetenzgrenzen auch bei Anträgen der vorliegenden Art innezuhalten seien, wurde von keiner Seite verkannt".

Die Behauptung Loenings a. a. O., S. 100 f., daß der Verfasser der dem Reichstag vorgelegten Motive mit einer gewissen Voreiligkeit gehandelt habe, erscheint sonach nicht unbegründet. Mit keinem Worte ist in den Motiven zu § 33 auch nur angedeutet worden, in wiefern denn eigentlich das forum reconventionis durch die Zulassung der Präjudizialinzidentklagen eine Erweiterung erfahren habe, und auch der § 280 Z. P. O. läßt keinerlei Schlüsse auf einen besonderen Gerichtsstand der Präjudizialinzidentklagen, geschweige denn auf eine Erweiterung der örtlichen Zuständigkeit des Prozeßgerichts zu. Der § 280 bezieht sich, worauf schon Planck, Lehrbuch I, S. 72 Anm. 22 und Wach, Handbuch I, § 41 Anm. 3 hingewiesen haben, überhaupt nicht auf den Gerichtsstand der Inzidentwiderklage, sondern will nur das Verfahren, insbesondere den Erhebungszeitpunkt, gleichzeitig aber auch die Zulässigkeit der sogen. Inzidentfeststellungsklagen regeln. Damit dürfte auch die Ansicht der letzterwähnten Schriftsteller Kleinfeller, Gaupp-Stein, Seuffert widerlegt sein.

Der Einwand, daß bei dieser Auslegung der § 280 Z. P. O. gänzlich überflüssig sei, ist nicht stichhaltig. Während nämlich die Klagerweiterung gemäß § 268

Nr. 2 nur dann statthaft ist, wenn der Klaggrund unverändert bleibt, ist die Inzidentkumulation des § 280 auch unter Änderung des Klaggrundes zulässig. Was insbesondere die Widerklage betrifft, so mußte man sie im § 280 Z. P. O. besonders aufführen, weil sonst die Gefahr nahe gelegen hätte, dem Widerkläger die Vorteile, die nun einmal der § 280 Z. P. O. bietet, vorzuenthalten.

Nicht unerwähnt bleiben darf endlich noch die Ansicht Scholl meyers. Dieser Schriftsteller erkennt in seinem Buch über den Zwischenstreit S. 32 zwar an, daß der ausschließliche Gerichtsstand auch für die Zwischenfeststellungswiderklage gewahrt werden müsse. Er räumt aber gleichwohl dem Widerkläger die Befugnis zur Erhebung einer vor ein ausschließliches Forum gehörenden Inzidentfeststellungswiderklage ein und ermächtigt das Prozeßgericht, ex officio dieselbe zur Verhandlung vor das ausschließlich zuständige Gericht zu verweisen.

Allein eine derartige Auffassung erscheint, was wohl keiner weiteren Begründung bedarf, einerseits durchaus widerspruchsvoll, entspricht aber andererseits auch nicht dem Gesetze. Denn der Z. P. O. ist eine Verweisung der Widerklage von dem örtlich unzuständigen Gerichte an das örtlich zuständige Gericht gänzlich unbekannt.

Für die sachliche Zuständigkeit des Gerichts der Vorklage für die Widerklage trifft, wie schon erwähnt, der § 506 Z. P. O. Fürsorge. Doch würde ein Eingehen

auf diese Frage das vorliegende Thema zu sehr überschreiten, da die Behandlung der Frage der sachlichen Zuständigkeit des Prozeßgerichts für die Widerklage nicht mehr Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage, sondern wie Stein, Anm. III 5 zu § 33 mit Recht hervorhebt, die Prozeßvoraussetzungen der Widerklage betrifft.

§ 11.

Schlußbemerkung.

Die Zulassung der Widerklage entspringt lediglich dem Motiv der Billigkeit und Zweckmäßigkeit. Würde das Institut der Widerklage in unserem Prozeßrechte fehlen, so wäre der Beklagte, der sich nicht auf die bloße Abwehr des gegnerischen Angriffs beschränken will, darauf angewiesen, gegen den Kläger eine selbständige Klage zu erheben. Die Folge aber davon wäre, daß diese Klage vor dem Gerichtsstand des Klägers und in einem selbständigen neuen Prozesse zu verhandeln sein würde. Den sich hieraus ergebenden Mißständen, doppelte Arbeit, doppelte Kosten, Zeitverlust usw. will das Prozeßrecht steuern, indem es den Parteien gestattet, die beiden Prozesse vor dem Gerichte der Hauptklage in einem Verfahren zu verhandeln und auf diese Weise den Austrag der verschiedenen, anläßlich der Erhebung der Hauptklage schwebenden Streitpunkte zu vereinfachen. Die unbeschränkte Zulassung der Widerklage, eine Unterwerfung des Klägers unter jede gegen ihn erhobene Widerklage würde andererseits auch nicht von Nutzen sein, da unter Umständen unlösbare Prozeß-

verwirrung die Folge wäre. Es kann daher als eine weise Vorsorge des Gesetzgebers angesehen werden, daß er den Kläger nur dann einer Widerklage des Beklagten ausgesetzt wissen will, wenn diese mit dem bereits schwebenden Streitstoffe in rechtlich erheblichem Zusammenhang steht.